

L'ORGANISATION JUDICIAIRE

et

Le Principe de l'Egalité entre les Justiciables

Contribution à l'Histoire Comparative de la Justice

en

Droit Romain — Ancien Droit Français — Droit de l'Islam et Syrie

Thèse pour le Doctorat présentée et soutenue
le Mercredi 21 Novembre 1928, à 14 heures

PAR

HAIDAR MARDAM BEY

MM. LÉVY-ULMANN, Professeur, *Président*.

DEMOGUE
FLINIAUX } Suffragants.

PARIS

IMPRIMERIE DU MONT-PARNASSE ET DE PERSAN-BEAUMONT

47, Rue de la Gaîté, 47

1928

L'ORGANISATION JUDICIAIRE

et

Le Principe de l'Égalité entre les Justiciables



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553020_0073

L'ORGANISATION JUDICIAIRE

et

Le Principe de l'Egalité entre les Justiciables

Contribution à l'Histoire Comparative de la Justice

en

Droit Romain — Ancien Droit Français — Droit de l'Islam et Syrie

Thèse pour le Doctorat présentée et soutenue

le Mercredi 21 Novembre 1928, à 14 heures

PAR

HAIDAR MARDAM BEY

MM. LÉVY-ULMANN, Professeur, *Président*.

DEMOGUE	} Suffragants.
FLINIAUX	

PARIS

IMPRIMERIE DU MONT-PARNASSE ET DE PERSAN-BEAUMONT

47, Rue de la Gaîté, 47

1928

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



L'Organisation Judiciaire et le Principe de l'Égalité entre les Justiciables

INTRODUCTION

La distribution de la justice entre les individus est une des fonctions essentielles de l'Etat. Les individualistes les plus décidés ne lui contestent pas ce minimum d'activité et, dans l'histoire des civilisations, on voit tout Etat, dès qu'il a affermi son autorité, faire de la justice une attribution monopolisée de la puissance publique. C'est que l'Etat, qu'on lui attribue une origine contractuelle ou le caractère d'un organisme naturel, existe et se justifie comme un corps destiné à assurer au mieux la vie des individus en société. Le droit de l'individu n'est autre chose que l'exercice de sa liberté individuelle, limité par l'exercice de la liberté de ses semblables. Le droit positif a pour objet de protéger dans cette mesure la libre activité des individus : « Les droits, écrit Ihering, sont des intérêts juridiquement protégés. Le droit est la sécurité juridique de la jouissance » (1). Du jeu des activités individuelles naissent des conflits. L'Etat est désigné pour les résoudre, car il a sur les individus la supériorité de l'impartialité de la

(1) IHERING, *L'esprit du Droit romain*, trad. MEULENAERE, t. IV, p. 337.

décision et de l'autorité, indispensable pour la faire exécuter. La justice, qui prononce le droit et en assure le respect, est si bien une fonction à réserver à un organisme supérieur aux individus, que, dans cette grande société que constituent les Etats, on cherche le progrès du droit, la sécurité des relations et la paix dans le fonctionnement régulier et le développement de l'activité d'une juridiction internationale, permanente et, si possible, obligatoire.

Mais cette mission de l'Etat, que nul ne lui conteste aujourd'hui : rendre la justice, dire le droit, le faire respecter, si elle est un de ses attributs les plus nobles, les plus élevés, n'est-elle pas en même temps l'une des plus délicates, l'une des plus lourdes de responsabilités ? Des lois positives obligent les particuliers à soumettre leurs différends à des organes de l'Etat, à s'incliner, au besoin sous l'empire de la contrainte, devant les décisions de ces organes. Mais ces organes sont-ils bien qualifiés pour une tâche aussi élevée ? Ceux qui les composent, ce sont des hommes, comme les plaideurs qui comparaitront devant eux pour leur demander une solution, et sujets à céder aux mêmes défaillances que ces plaideurs, aux sentiments si humains de vengeance, d'ambition, de lucre, de partialité. Pourquoi les parties ont-elles confiance en eux ? Si des lois leur imposent cette confiance, l'histoire démontre que la justice publique n'a pas toujours existé. Pourquoi les hommes l'ont-ils hautement acceptée, sinon même expressément recherchée ? Pourquoi l'ont-ils préférée à la solution des contestations privées par la force, ou par la justice privée ?

Si l'organisation publique des sociétés repose sur une

nécessité sociale, et si l'Etat se justifie comme le meilleur procédé juridique de réaliser la vie en société, l'administration publique de la justice trouve sa légitimation dans le fait que, depuis des siècles, lorsque les hommes atteignent un certain stade de civilisation, ils acceptent, d'un consentement tacite unanime, la justice de l'Etat.

Un esprit un peu curieux de pénétrer le fondement de la vie sociale ne saurait cependant se contenter de ce témoignage rapide de satisfaction, et dire que la justice par l'Etat est une bonne institution, parce qu'elle fonctionne depuis des siècles. Il importe de rechercher pourquoi c'est une bonne institution, comment c'est une bonne institution, et si, malgré une permanence séculaire, qui n'est d'ailleurs pas absolue, elle l'a toujours été. L'histoire comparative de l'organisation judiciaire nous semble être, à cet égard, d'un précieux enseignement, si on l'envisage moins comme une étude de pure technique et d'érudition, que comme une analyse de ses caractères et de son évolution, en vue d'une appréciation au point de vue juridique et social. La constatation de l'existence d'une justice d'Etat n'est, en effet, qu'une donnée générale, un point de départ pour une analyse plus poussée. Si l'Etat assure partout la protection des intérêts généraux et permanents de l'ensemble des individus, ses formes, ses fonctions, ses manières d'agir, diffèrent profondément d'un pays à un autre, d'une époque à une autre, et sa constitution comme son activité portent la marque des différentes civilisations, de la mentalité psychologique, religieuse, intellectuelle, morale des divers peuples, de la situation géographique, économique, des différents pays. Cette originalité se manifeste

d'une manière particulièrement éclatante dans le domaine de la justice.

Une histoire comparative de l'organisation judiciaire, ce pourrait être un programme immense, qui dépasserait les limites que nous nous sommes assignées. Mais sans prétendre parcourir le cycle complet des civilisations des pays du monde entier et des périodes de l'histoire universelle, il nous a paru intéressant de retenir trois époques et trois peuples, de civilisations assez différentes pour suggérer d'utiles comparaisons : l'antiquité romaine, l'ancien droit français et la civilisation de l'Islam, envisagée surtout dans sa pureté première, avant la conquête turque.

De chacune de ces civilisations, nous ne chercherons pas à décrire, dans tous ses détails, en juriste, en historien, en érudit, le mécanisme de l'organisation judiciaire, mais plutôt à en dégager les traits caractéristiques, qui tendent — ou non — à réaliser l'égalité entre les justiciables, et à rechercher par quels mécanismes et dans quelle mesure cette égalité a été assurée, ou pourquoi elle ne l'a pas été.

Cette égalité des parties devant le juge, n'est-ce pas, en effet, la condition fondamentale d'une bonne administration de la justice, l'idéal même de la justice ? Une comparaison traditionnelle et séculaire donne pour attributs à Thémis la balance et le glaive. Le glaive est le symbole de l'autorité publique, qui se met à la disposition de la justice pour assurer ses décisions. La balance, c'est le symbole de l'égalité des parties, qui leur garantit pleine liberté de présenter et de défendre leurs prétentions, sans que l'une bénéficie sur l'autre d'un avantage résultant d'un privilège légal, ou d'un avantage dû à la classe ou à la for-

tune, ou de la partialité du juge. L'égalité n'existe pas lorsque les plaideurs ne se présentent pas devant le juge à armes égales, lorsque l'un d'eux jouit d'un de ces privilèges ou avantages. La justice est alors un paravent, qui dissimule l'iniquité et l'oppression derrière la sentence d'un juge. Et nous assisterons, dans le monde romain, à la lutte des plébéiens pour la conquête de l'égalité devant la justice, complément de la conquête de l'égalité civile et politique. Dans l'ancien droit, l'inégalité des classes sociales et l'arbitraire des monarques absolus ont souvent compromis le fonctionnement d'une justice égale pour tous.

Dès son apparition, l'Islam recommande, au contraire, l'égalité comme le fondement de la justice, et il appuie ce principe essentiel sur le Coran : « Le plus vénéré de nous auprès de Dieu est le plus pieux ; Dieu commande la justice et l'aumône. Si vous jugez les hommes, jugez-les avec justice. »

Chez les peuples modernes, l'égalité juridique est à peu près complètement réalisée ; elle apparaît comme le complément indispensable de la liberté individuelle, sans qu'on tombe dans l'utopie d'une égalité de fait, aussi impossible qu'une liberté absolue et anarchique. Cette liberté et cette égalité juridiques ont pour corollaire naturel l'égalité devant la justice. Mais cette égalité est susceptible d'être obtenue par des procédés différents.

L'égalité devant la justice, c'est, en effet, une notion susceptible de nuances très diverses dans son caractère et son contenu. Tantôt elle traduira un concept philosophique, touchant à la morale, ou même à la religion, et dépourvu de sanction positive. Elle exprime alors l'idéal vers lequel

doit tendre tout individu chargé de la mission de départager deux adversaires.

Tantôt, et tout à l'opposé de cette première conception, l'égalité des justiciables est élevée à la dignité d'un principe constitutionnel, inséré dans une déclaration organique d'un régime politique, et qui s'impose au législateur comme au juge.

Enfin, à l'heure actuelle, en France, la conception de l'égalité devant la justice se tient entre ces deux extrêmes. Bien qu'elle figure au nombre des droits individuels, proclamés par la Déclaration des droits de l'homme (1), elle n'est pas revêtue de la sanction qui s'attache aux lois constitutionnelles. Mais elle est quelque chose de plus qu'un précepte de droit naturel ; elle a le caractère d'une règle juridique, inscrite dans la législation et assortie par des sanctions diverses : recours, nullités, responsabilités.

L'assemblée constituante, dans la loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, a proclamé (titre II, art. 16 à 18) le principe de l'égalité des justiciables et en a déduit les principales conséquences :

ART. 16. — « Tout privilège en matière de juridiction est aboli. Tous les citoyens sans distinction plaideront en la même forme, devant les mêmes juges, dans les mêmes cas. »

ART. 17. — « L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres

(1) ARTICLE PREMIER. — Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.

ARTICLE 6. — La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.

attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi ».

ART. 18. — « Tous citoyens étant égaux devant la loi, et toute préférence pour le rang et le tour d'être jugé étant une injustice, toutes les affaires, suivant leur nature, seront jugées, lorsqu'elles seront instruites, dans l'ordre selon lequel le jugement en aura été requis par les parties ».

Formulé dans des textes de lois, le principe de l'égalité des justiciables y gagne en précision sur des maximes de morale ou des déclarations constitutionnelles.

Les articles que nous venons de citer témoignent de l'étendue et de la diversité de son contenu : il domine à la fois l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure.

Mais ce n'est pas encore assez pour en exprimer la substance, de dire, avec ces textes, que, pour tous les citoyens, tous les procès de même nature viendront devant les mêmes tribunaux, seront instruits et jugés suivant les mêmes formes, sans tours de faveur, ni évocation devant des juges d'exception. Ces dispositions donnent les mêmes juges à tous, sans distinction de classe sociale, de naissance, de fortune ou de religion. Mais cette égalité des justiciables ne doit pas trouver seulement sa garantie dans cette identité du cadre extérieur, du tribunal et des formes ; elle serait illusoire, si les mêmes juges demeuraient libres, dans une instance, de faire pencher la balance en faveur de l'un des plaideurs, plus puissant par la naissance, la situation sociale ou la fortune. L'impartialité du juge, c'est donc un aspect de la notion d'égalité.

Par ce côté, cette notion semble toucher à la morale,

en imposant au juge un devoir. Mais si ce devoir trouve sa sanction dans la conscience du juge, et dans l'opinion publique, il revêt aussi le caractère d'une véritable obligation juridique, par les sanctions dont le législateur l'a assorti (recours, responsabilité disciplinaire, prise à partie) et par les mesures d'organisation judiciaire destinées à garantir le savoir et l'impartialité des magistrats : mode de recrutement, inamovibilité, avancement, situation pécuniaire.

Les parties, d'autre part, jouissent de prérogatives qui viennent compléter ces garanties légales d'égalité. L'article 378 du Code de Procédure civile leur donne le droit de récuser un juge suspect de partialité, pour les causes qu'il énumère ; elles peuvent aussi obtenir son renvoi pour parenté, alliance ou suspicion légitime.

Enfin, le principe de l'égalité domine toute la procédure. Toute personne a libre accès devant les tribunaux, comme demandeur ou défendeur, et le juge est tenu de statuer sur sa prétention, fondée ou non. La jurisprudence n'admet de responsabilité qu'à l'égard du plaideur de mauvaise foi (1). Toute personne qui a un droit peut en poursuivre en justice la réalisation par une action. Il n'y a plus d'actions en nombre limité, ayant chacune un nom et correspondant chacune à un droit dont elle assure la sanction et l'existence même. Le nombre et la diversité des actions sont illimités, comme ceux des rapports juridiques.

Dans les formes de la procédure s'affirme la même préoccupation d'assurer l'égalité des parties. Il n'est plus de

(1) Cass. Req. 22 janv. 1918. S. 1918-1-166.

formes rigides, solennelles, dans lesquelles les plaideurs soient obligés d'enfermer, comme dans les actions de la loi romaines, leurs prétentions et leurs moyens. Les formes sont réduites au minimum, et leur but est de garantir aux adversaires la présentation libre et sur le même pied de leurs arguments. L'absence de délais, de formalités, d'écritures engendrerait le désordre, l'arbitraire, la chicane : l'expérience de la loi du 3 brumaire an II, qui avait supprimé presque toute procédure, l'a démontré ; dès l'an VIII, les avoués ont dû être rétablis. Leur ministère obligatoire, celui des avocats, garantissent les plaideurs contre l'ignorance du droit, les surprises ou la mauvaise foi. De même, l'appui du ministère public rétablit en faveur des incapables l'égalité, que leur infériorité de fait aurait compromise.

Tels sont, rapidement analysés, le caractère, la portée et la sanction de l'égalité devant la justice dans le droit français contemporain. Conception d'ordre juridique, elle trouve dans des textes de lois sa mesure et sa sanction, et l'organisation judiciaire, les règles de compétence et de procédure tendent à en garantir la réalisation.

Si le législateur a entouré l'administration de la justice de précautions d'organisation et de procédure, il n'a pas cependant cherché la réalisation de l'égalité dans un système rigide, enchaînant la liberté d'instruction et de décision du juge. Celui-ci demeure libre, il a même le devoir, de statuer suivant sa conviction. Notre droit ne connaît plus le principe des preuves légales obligatoires pour le juge. Il a dépouillé le formalisme des actions de la loi, où le magistrat, privé de tout pouvoir d'appréciation, devait

accorder ou refuser l'action, d'après les termes stricts de la loi, sans tenir compte de l'équité, des circonstances. Le magistrat moderne a toute latitude d'apprécier les prétentions des parties, à condition de respecter les lois de fond et de forme ; il donne aux preuves administrées la valeur qu'il estime fondée ; il apprécie la valeur du litige sans être tenu par la lettre d'un acte juridique. Obligé de statuer sur toutes les demandes, même dans le silence de la loi, il a même la latitude de statuer par interprétation d'analogie.

La liberté d'appréciation du juge individualise ses décisions, et leur confère un caractère subjectif, qui est susceptible de rompre au profit d'une des parties l'égalité fondamentale, sous la poussée de préventions ou de sympathies d'idées ou de personnes, le plus souvent subconscientes. Mais on ne saurait y renoncer, et revenir à une mécanisation de la justice, sans renoncer du même coup à la notion d'équité et de bonne foi dans le droit.

D'autres éléments de fait risquent aussi de compromettre en la personne des plaideurs cette égalité de droit devant la justice, si chèrement acquise. Tout procès entraîne avec soi des déplacements, des pertes de temps et des frais. Les deux parties ne sont pas toujours à cet égard sur un pied d'égalité parfaite. Le demandeur habite loin du tribunal où il doit assigner le défendeur ; il doit se déplacer, engager des frais de voyages, de procurations, qu'évite son adversaire. Les pertes de temps n'ont pas la même valeur pour un rentier, un commerçant, un ouvrier. La lenteur d'une instruction est plus dommageable à un individu de condition modeste qu'à un plaideur fortuné. Enfin, les frais engagés, que le gagnant se verra allouer, au moins en par-

tie, mais qu'il faut avancer, sont proportionnellement très lourds pour les petits litiges et pour les bourses modestes.

A ces divers points de vue, l'égalité des parties risque d'être rompue, surtout si des actes de procédure viennent allonger la durée de l'instance et la note des dépens. La rapidité des communications, la représentation en justice ont sensiblement réduit les pertes de temps. La question des frais de justice demeure, au contraire, ouverte et constitue un obstacle certain à la réalisation de l'égalité des justiciables. Sans doute, le plaideur très modeste a la faculté d'obtenir l'assistance judiciaire : mais le bénéfice de cette mesure est entouré de formalités et de restrictions qui en limitent trop étroitement le champ d'application.

Sous réserve de ces considérations de fait, que le législateur ne saurait négliger, la conception juridique de l'égalité des justiciables, telle que la consacre la législation française, est solidement assise, et les plaideurs trouvent, en général, dans ses dispositions des garanties efficaces de la protection judiciaire de leurs droits.

La justice française n'a pas cependant été jusqu'au bout dans l'application du principe d'égalité. Sans examiner ici s'il convient d'y voir des dérogations, dans l'organisation d'une juridiction administrative et dans l'institution des conseils de guerre et de la Haute Cour de justice, la juridiction civile comporte d'importantes exceptions à l'égalité, en ce qui concerne les étrangers. La loi des 16-24 août 1790 ne proclamait, il est vrai, l'égalité qu'au profit des « citoyens », c'est-à-dire des nationaux. Par une idée de protection de ses nationaux, et de défiance à l'égard des tribunaux étrangers, considérés comme inférieurs à la jus-

tice française à leur égard, l'art. 14 du code civil autorise le demandeur français à citer l'étranger, même non résidant en France, devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France ou à l'étranger.

Pour la même raison, l'article 15 admet la compétence des tribunaux français à l'égard d'un Français, même domicilié à l'étranger, pour les obligations contractées en pays étranger, même avec un étranger.

D'autre part, aux termes de l'art. 16, l'étranger demandeur est tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement. C'est la caution *judicatum solvi*.

Enfin, en dehors de ces exceptions législatives au principe d'égalité devant la justice, la jurisprudence, reprenant, dans le silence du code de procédure, le système appliqué dans l'ancien droit, pose en principe l'incompétence des tribunaux français entre étrangers, en l'absence de traité, même si le demandeur est domicilié en fait en France, ou si le défendeur a en France son domicile de fait ou sa résidence (1). Elle voit dans l'accès aux tribunaux un droit civil *stricto sensu*, réservé aux seuls Français.

A vrai dire, la Cour de Cassation a singulièrement restreint la portée de cette incompétence ; elle l'écarte en matière réelle ou mixte immobilière, pétitoire ou possessoire,

(1) Req. 16 Mai 1849, S. 49.1.478 ; 10 Mars 1858, S. 58.1.529 ; 18 Juillet 1892, S. 92.1.407 ; Civ. 5 Juin 1905, S. 1905.1.305.

du moment qu'il s'agit d'un immeuble situé en France, en vertu du principe suivant lequel ces immeubles ne relèvent que de la souveraineté française ; pour l'exécution en France des jugements et de tous titres exécutoires français ou étrangers (1) ; en matière commerciale (2) ; pour les successions mobilières ouvertes en France (3) ; pour les demandes incidentes (4) ; pour les délits et quasi-délits commis en France (5) ; et plus généralement pour les litiges nés de l'application d'une disposition qui se rattache aux lois de police ou de sûreté : pension alimentaire (6) ; mesures conservatoires (7), etc...

L'incompétence ne subsiste plus que pour les litiges relatifs à des contrats passés à l'étranger, et surtout à l'état et à la capacité. D'autre part, elle est subordonnée à l'existence d'un tribunal étranger compétent (8) ; et elle est purement relative : le défendeur peut y renoncer expressément ou tacitement (9).

La soumission aux tribunaux français est présumée, en cas d'élection de domicile en France ou de contrats passés ou exécutoires en France (10).

(1) Civ. 10 Mars 1863, S. 63.1.293.

(2) Req. 10 Juillet 1865, S. 65-1-350 ; 22 Nov. 1875, S. 76.1.215 ; 19 Déc. 1883, S. 831.64 ; Civ. 3 Juin 1905.1.305.

(3) Req. 7 Juill. 1874 S. 75.1.19 ; WEISS, *Traité de droit international privé*, tome V, p. 333.

(4) Civ. 7 Juil. 1845. S. 45.1.738 ; Lyon, 21 Juin 1871.S.71.2.201.

(5) Paris, 21 Mars 1861.S.62.2.411.

(6) Req. 22 Juil. 1903.S.1903.1.373. — 27 Mars 1922.S.1.1923.1.27.

(7) Civ. 23 Mars 1868.S.68.1.328 ; Paris, 8 Avril 1874.S.76.2.144.

(8) Civ. 10 Nov. 1922. S.1923.1.129.

(9) Req. 7 Nov. 1904. S.1910.1.124, 28 Oct. 1924 ; Dall. hebdom. 1924-623.

(10) Req. 8 Avril. 1851.S.51.1.335 ; Aix, 23 Mai 1887.S.88.2.104.

Malgré sa portée très limitée, le système de la jurisprudence apparaît suranné, avec le développement des relations internationales. Si on accorde aux étrangers la jouissance et l'exercice de droits civils de plus en plus nombreux, dans leurs rapports entre eux, comme vis-à-vis des Français, il est illogique et injuste de leur dénier les moyens de les faire valoir. Quiconque jouit d'un droit doit en avoir la sanction, quelle que soit sa nationalité.

Le principe de l'égalité des nationaux et des étrangers devant la justice condamne aussi les dispositions des articles 14 et 15 du code civil.

Divers traités passés entre la France et certaines puissances étrangères ont apporté des exceptions plus ou moins larges à ces règles particulières de compétence ou à l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*.

Au point de vue de la compétence, le traité franco-suisse du 15 juin 1869 (art. 1^{er}) attribue compétence obligatoire aux juges naturels du défendeur dans les contestations en matière mobilière ou personnelle, civile ou de commerce, et les actions en garantie, entre Français et Suisses ; c'est écarter l'article 14 pour revenir au droit commun. L'article 2 du traité déroge à la jurisprudence française sur les litiges entre étrangers ; dans les contestations entre Suisses tous domiciliés en France, ou entre Français tous domiciliés en Suisse, le demandeur peut saisir le tribunal du domicile du défendeur qui ne peut se déclarer incompétent.

Enfin le tribunal saisi, s'il est incompétent, doit renvoyer les parties d'office devant le juge compétent (art. 5).

Le traité franco-belge du 8 juillet 1829 est encore plus large. Aux termes de son article 1^{er} « en matière civile et

commerciale, les Français en Belgique et les Belges en France sont régis par les mêmes règles de compétence que les nationaux. Toutefois les Belges ne peuvent invoquer en France l'article du code civil pour traduire d'autres étrangers devant les tribunaux français que s'ils ont été autorisés par le gouvernement français à établir leur domicile en France, et tant qu'ils continuent d'y résider. L'art. 15 du Code Civil cesse d'être applicable dans les rapports entre Français et Belges ».

D'autres conventions internationales concernent une matière déterminée : transports internationaux (convention de Berne du 14 octobre 1890 : tribunal du domicile du défendeur), successions (1). La convention de la Haye du 12 juin 1902 (art. 5) admettait que les demandes en divorce pourraient être portées devant le juge du domicile des époux et devant la juridiction compétente d'après leur loi nationale. Elle a été dénoncée le 12 novembre 1913.

Les règles des traités sur la compétence peuvent être invoquées par les ressortissants des Etats qui ont obtenu le traitement de la nation la plus favorisée (2) mais pas dans une convention exclusivement relative au commerce (3).

La simple clause du libre accès devant les tribunaux dans les mêmes conditions que les nationaux, déroge bien aux règles de compétence entre étrangers, mais non à l'article 14 du code civil (4).

(1) WEISS, *Traité de droit international privé*. V. p. 199.

(2) Req. 22 Juill. 1886.S.87.1.69. WEISS. V. p. 303; PILLET, *Traité pratique de Droit International privé*, p. 440.

(3) Civ. 22 Déc. 1913, S. 1914.1.233.

(4) PILLET, *Op. cit.* I, p. 441.

Les traités dispensant directement de la caution *judicatum solvi* sont assez nombreux : traité Franco-Sarde du 24 mars 1760, confirmé pour l'Italie le 11 septembre 1860 ; traité Franco-Suisse du 15 juin 1869, art. 13 et 14 ; traité Franco-Serbe du 18 janvier 1883, art. 5 ; traité Franco-Russe du 15 juillet 1896 ; traité Franco-Espagnol du 7 janvier 1862, etc...

Un traité général, conclu à La Haye le 17 juillet 1905, dispense de la caution les instances entre Français et ressortissants des autres pays contractants : Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Italie, Pays-Bas, Portugal, Suisse, Danemark, Roumanie, Russie, Suède, Norvège, etc... Il n'a pas été renouvelé avec l'Allemagne et l'Autriche par les traités de Versailles (art. 287) et de St-Germain (art. 238). Une convention a été conclue avec la Tchéco-Slovaquie, le 7 octobre 1922.

Les traités assurant en France l'exécution des jugements étrangers, ou conférant aux ressortissants étrangers l'assistance judiciaire, n'impliquent pas par eux-mêmes dispense de la caution ; mais plusieurs traités en exonèrent expressément ceux qui auront obtenu l'assistance judiciaire (1).

La dispense de la caution *judicatum solvi* doit être déduite des traités stipulant pour les ressortissants étrangers le traitement de la nation la plus favorisée (2) ou la plénitude des droits privés (conventions de Berne du 20 mars 1883, sur la propriété industrielle, du 9 septembre 1886, sur

(1) Cf. WEISS, V. p. 255.

(2) WEISS, *op. cit.* V, p. 255 ; PILLET, *op. cit.* II, p. 483.

la propriété littéraire et artistique, du 14 octobre 1890, sur le transport international des marchandises par chemin de fer) ; de même, de la clause aujourd'hui très générale, insérée dans un grand nombre de traités conclus par la France, aux termes de laquelle « les sujets respectifs auront un libre et facile accès auprès des tribunaux pour la poursuite et la défense de leurs droits ; ils jouiront, sous ce rapport, des mêmes droits que les nationaux (1) ».

(1) WEISS, *Loc. cit.*

BIBLIOGRAPHIE

- DESPAGNET. — *Précis de droit international privé*, 5^e édition, revue par Ch. de Boeck, Paris (1909).
- DUGUIT. — *Traité de Droit constitutionnel*, 4 volumes, 2^e édition, Paris (1921-1924).
- DUGUIT. — *Souveraineté et Liberté*, Paris (1922).
- ESMEIN. — *Eléments de Droit constitutionnel*, 8^e édit., revue par Nézard, 2 volumes, Paris (1927).
- ESMEIN. — *Précis élémentaire de l'Histoire du Droit français de 1789 à 1814*, Paris (1908).
- GLASSON et TISSIER. — *Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e édition, 2 volumes parus, Paris (1925-1927).
- PILLET (A.). — *Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*. Paris (1899).
- PILLET (A.). — *Les conventions internationales relatives à la compétence et à l'exécution des jugements*. Paris (1913).
- PILLET (A.). — *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., Paris (1923-1924).
- PILLET et NIBOYET. — *Manuel de Droit international privé*, Paris (1924).
- WEISS (A.) — *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2^e édition, 5 volumes, Paris (1907-1913).
-

PREMIÈRE PARTIE

L'EGALITE ENTRE LES JUSTICIABLES EN DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER

La Justice privée.

Dans le droit romain développé, l'égalité entre les justiciables repose, comme de nos jours, sur des bases juridiques. Elle est garantie par l'organisation de tribunaux, chargés de rendre la justice au nom de l'Etat, suivant des formes déterminées par des lois.

Si haut que remonte dans l'histoire de Rome l'administration publique de la justice, ce système n'est pas contemporain de ses origines et, comme les autres sociétés primitives, la communauté romaine a connu d'abord un régime qui a laissé des traces profondes sur son droit procédural, le régime de la justice privée.

Section I. — LE PASSAGE DE LA FORCE A LA JUSTICE PRIVÉE. —

PROGRÈS RÉALISÉS DANS L'ÉGALITÉ DES PARTIES

Au premier stade de l'évolution, toute injustice provoque chez l'individu une réaction violente, qui s'extériorise immédiatement, par la force. Il y répond lui-même par l'action, sans formes, sans intervention d'autrui. Sous ce régime de pur fait, il n'y a pas de place pour l'égalité. La réaction contre l'injustice est spontanée, individuelle ; elle se produit sans examen préalable de la réalité des faits ; elle vise moins la réparation d'un préjudice que la satisfaction d'un sentiment de vengeance ; elle trouve donc sa mesure, non dans une faute, mais dans l'injustice subjective ressentie, et sa réalisation dépend de la force respective des individus en présence, plus exactement de la puissance de leurs familles, solidaires des membres intéressés à la querelle.

Le régime de la justice privée constitue une étape intermédiaire entre le règne de la force et le système de la justice publique. Il n'y a pas encore d'autorité assez puissante pour imposer son arbitrage dans les contestations privées, au nom de l'ordre social. Le règlement des torts est encore une affaire purement privée. Celui qui a subi un dommage dans sa personne ou dans ses biens se fait justice lui-même, mais il doit suivre des formes arrêtées par la coutume : c'est par ces formes que la justice privée se distingue de la force, et qu'elle est déjà de la justice, du droit. Le sentiment de l'égalité commence à trouver son compte.

D'une part, en effet, l'obligation pour la victime du dommage de se soumettre à certains rites, empêche l'ex-

plosion immédiate de la colère, lui impose le temps de la réflexion, permet un examen plus objectif des faits. L'instinct du droit commence à se préciser dans la conscience populaire en suscitant ces formes ; l'exercice de la réalisation des droits se trouve soumis au contrôle de l'opinion ; elle n'admet son emploi qu'à l'égard de droits incontestables. Ce besoin d'élever les droits au-dessus de la discussion explique les solennités des actes juridiques, et la présence de témoins, garants des droits issus de ces actes et tenus, sous peine d'être déloyaux, *improbi, intestabiles*, d'en affirmer l'existence. Les cinq témoins de la *mancipatio*, du *nexum*, représentent peut-être les cinq classes des censitaires dans la constitution de Servius, c'est-à-dire le peuple romain tout entier. Résister à la justice privée de celui qui invoque un droit incontestable, c'est offenser le peuple romain, attenter à l'ordre juridique établi (1).

Dans une communauté encore peu étendue, les formes matérielles des actes, la présence de témoins, confèrent aux actes une publicité qui met leur existence au-dessus de la controverse. Il semble tout naturel que le titulaire d'un droit certain puisse en poursuivre lui-même la réalisation, sans avoir aucune autorisation à demander, un peu comme le porteur d'un acte authentique peut aujourd'hui procéder à l'exécution sans jugement. S'opposer à la réalisation d'un droit incontestable, c'est faire obstacle à une justice légitime. C'est pourquoi la résistance de l'autre partie, ou du tiers qui prend sa place (*vindex*), engage sa responsabilité, et le droit romain postérieur conservera jus-

(1) IHERING, *L'Esprit du Droit romain*, trad. O. de MEULENAERE, 3^e édit., Tome I^{er}, p. 151.

qu'à la fin le vestige de cette idée, dans les peines portées contre le plaideur téméraire qui succombe sur certaines actions. Dans l'état actuel du droit, au contraire, l'égalité des parties donne la faculté à tout individu d'agir ou de défendre en justice, et c'est seulement en cas de dol ou de faute lourde que le plaideur téméraire encourt une responsabilité (1).

A un second point de vue, le système de la justice privée satisfait assez bien l'égalité, en mesurant la réparation sur le préjudice. Au lieu d'avoir pour seule limite la colère de la victime, c'est-à-dire un sentiment subjectif, individuel, comme la conviction de sa force, la réparation tend à se traduire en une somme d'argent, une composition, d'abord volontaire et arbitraire dans son taux, puis fixée par la coutume, enfin obligatoire. Cette objectivité réalise dans une certaine mesure l'égalité, en remplaçant par une somme uniforme la vengeance illimitée, la rançon volontaire subordonnée à la fortune, à la position, à la puissance des deux parties, à l'intervention de leurs familles. Cette uniformité est d'ailleurs toute relative et l'égalité incomplète, si le taux de la rançon varie avec la classe sociale de la victime.

Progrès incontestable sur le régime de la force, le régime de la justice privée est encore bien imparfait. L'individu conserve la faculté fort dangereuse de réaliser lui-même son droit, et l'égalité des parties en conflit est mal respectée. La justice privée se conçoit à la rigueur comme

(1) Req. 11 juin 1890, S. 92.1.449; Civ. 21 oct. 1913, S. 1914.1.182; 22 janvier 1918, S. 1918.1.146.

sanction de droits incontestables, au sein d'une population peu nombreuse, répartie sur un territoire peu étendu, où tout se sait, où les actes et faits juridiques sont simples et rares. Dans une société plus nombreuse, disséminée sur un territoire plus vaste, où le commerce juridique est plus fréquent et plus nuancé, les solennités, la présence de témoins n'assurent plus aux actes une publicité suffisante. L'existence même des droits, leur modalité, sont aisément contestables. Dès qu'un droit prête à discussion sur sa réalité ou son étendue, la faculté de se faire justice ne peut plus être maintenue. Elle entretient entre les individus et leurs familles des conflits permanents, qui compromettent l'ordre social et elle opprime les faibles sous la loi du plus fort. Il suffit à un individu de se soumettre à quelques formes extérieures pour réaliser son droit prétendu. Parents et amis, clients de chaque partie, prennent fait et cause pour elle ; le parti le plus puissant, le mieux armé, l'emporte.

Section II. — L'ÉVOLUTION DE LA JUSTICE PRIVÉE A ROME.

SES TRACES SOUS LE RÉGIME DE LA JUSTICE PUBLIQUE.

Le concours d'un magistrat aux solennités de réalisation du droit offre une certaine garantie d'impartialité. Les adversaires sont sur un pied d'égalité plus effective que lorsqu'elles sont accomplies en dehors de toute autorité publique. Le magistrat, qui n'est pas intéressé dans l'affaire, n'est pas suspect de partialité. Il contrôle la régularité de la procédure, et il peut refuser son concours, si elle est mise en mouvement en violation des usages ou de la loi.

Ce rôle passif du magistrat, présent, mais muet, est encore insuffisant. L'égalité parfaite des deux adversaires n'est pleinement réalisée que dans la phase dernière de l'évolution, où la justice est administrée par un magistrat de l'Etat, chargé de la rendre en son nom. Désormais un particulier ne peut réaliser son droit sans qu'une autorité officielle ait prononcé la recevabilité en la forme et le bien fondé au fond de sa prétention.

Cette évolution est achevée de bonne heure à Rome, mais l'existence de ces phases antérieures est implicitement révélée par les formes de la procédure. La loi des XII Tables porte les vestiges remarquables de la transition de la vengeance privée à la justice privée, puis à la justice publique. Elle permet de tuer le voleur qui opère la nuit ou se met en défense. Elle l'adjuge à la victime, en cas de flagrant délit. Elle prononce la peine du talion contre certaines lésions corporelles (*membrum ruptum*). Cette sanction sur la personne, si fréquente dans le droit romain (*addictio* du débiteur insolvable, abandon noxal du fils de famille, de l'esclave, de l'animal, *deditio* à l'ennemi du général désavoué par le peuple) dérive sans doute du droit pour la victime de se venger sur la personne du coupable. A cette vengeance se substitue une rançon, volontaire d'abord, puis obligatoire. La loi des XII Tables la fixe pour le délit d'injures ; l'édit du préteur seulement, pour le *furtum manifestum*. La loi des XII Tables autorise encore les créanciers à couper en morceaux le débiteur insolvable.

La loi des XII Tables consacre des formes de procédure qui correspondent à des nuances successives de l'évolution. Elle autorise, dans quelques cas, la saisie d'un gage par le

créancier (*pignoris capio*), hors de la présence du magistrat, et même un jour néfaste, moyennant le prononcé de paroles solennelles. La *pignoris capio* est bien une mesure d'exécution privée, extrajudiciaire, à tel point que certains jurisconsultes ne la comprenaient pas parmi les actions de la loi (1).

Dans une procédure sans doute antérieure, la *manus injectio*, le créancier appose la main sur son débiteur et le conduit devant le magistrat. Bien que Gaius mette surtout en relief le caractère extrajudiciaire de la *pignoris capio* et le caractère judiciaire de la *manus injectio*, il existait vraisemblablement dans leur destination un parallélisme parfait : modes de justice privée, au cas de droit incontestable, elles devaient, l'une et l'autre, aboutir à un procès, quand la légitimité de leur emploi était contestée. Les cas où la loi des XII Tables autorise la *manus injectio* (créance née *per æs et libram*, *confessio in jure*, jugement) supposent des créances incontestables dans leur existence et leur montant.

Avec le développement d'une troisième forme de procédure, la *manus injectio* devient surtout le mode d'exécution des jugements, et la justice publique marque une étape nouvelle. Dans la procédure du *sacramentum*, l'autorité publique est appelée à statuer. Mais le régime de la justice privée y transparait à chaque instant. Le demandeur affirme son droit sur la chose litigieuse ; il avance la main et saisit l'objet comme pour se faire justice ; il le touche avec une baguette qui représente la lance, comme

(1) Cf. COLLINET, *Etude sur la saisie privée en droit romain : la legis actio per pignoris capionem*.

pour le défendre contre l'attaque de l'adversaire. Le défendeur fait ensuite la même déclaration et les mêmes gestes. Ce simulacre de lutte rappelle le combat véritable des origines. Mais au moment où les adversaires vont en venir aux mains, le magistrat les arrête et suspend l'exercice de la justice privée, jusqu'à ce qu'on ait décidé qui a tort et qui a raison. Si l'affirmation du demandeur est reconnue fondée, la justice privée reprend son cours.

C'est par un moyen détourné que l'autorité publique est appelée à statuer. Les deux adversaires appuient par serment l'affirmation du même droit. L'un d'eux est forcément parjure. Le roi, gardien de la religion, doit punir cette offense à la divinité, mais pour décider quel *sacramentum* est *injustum*, il lui faut examiner le fond de l'affaire. Plus tard, le serment est remplacé par un pari, la consignation d'une somme d'argent (1). Cet expédient marque une autorité peu sûre de sa force, peu soucieuse de s'aliéner une famille peut-être puissante, et le serment a sans doute été un subterfuge pour lui faire accepter ce rôle d'arbitre.

Car toute cette procédure s'analyse, en somme, en un arbitrage. C'est un trait caractéristique de la justice privée, qui laissera des empreintes profondes dans la justice romaine, jusqu'à l'époque impériale. Sous les actions de la loi, dans la procédure formulaire, l'accord des parties est nécessaire pour organiser une instance. Ce caractère contractuel donne aux procès la physionomie d'arbitrages ; il

(1) Cf. JOBBÉ-DUVAL, *Etudes sur l'histoire de la procédure chez les Romains*, tome I : *La procédure par le pari*.

est bien propre à maintenir entre les plaideurs une stricte égalité : car quelle meilleure garantie le défendeur pourrait-il avoir de la conduite impartiale de l'instance, que le concours qu'il est invité à apporter à son organisation ?

Aucun procès ne peut être entamé sans la volonté du défendeur. L'instance *in jure*, sous la procédure des actions de la loi, exige la présence des deux parties. Le défendeur doit répondre sans délai à l'invitation du demandeur de se présenter devant le magistrat. Si l'âge ou la maladie l'empêchent de marcher, on le place sur une bête de somme. Si le défendeur tarde à venir ou refuse, le demandeur prend des témoins et l'appréhende au corps, mais il ne peut franchir le seuil de sa maison. Le défendeur reste-t-il chez lui, on ne voit guère comment le demandeur peut vaincre sa résistance. Et pourtant, sa présence est indispensable, puisque, sans lui, le procès ne peut pas s'engager. On voit tout le parti qu'un homme puissant pouvait tirer de cette situation, en opposant à son adversaire la menace d'intervention de ses parents et de ses clients, ou même la force d'inertie.

Le consentement des deux parties est aussi nécessaire pour l'accomplissement des formalités de la *legis actio* : le procès ne se lierait pas, si le défenseur n'opposait pas aux paroles et aux gestes de son adversaire des paroles et des gestes symétriques, s'il se refusait à prêter le serment ou à déposer le *sacramentum*.

Sous la procédure formulaire, la présence des parties n'est plus exigée et les formules à transposition permettent d'ester en justice au nom d'autrui. Mais le débat doit toujours être contradictoire, la procédure par défaut n'est pas

admise. La formule, qui résume l'instance *in jure* et la position respective des parties, est rédigée de leur consentement commun. Le demandeur doit faire connaître à son adversaire l'action qu'il veut exercer (*actionis editio*) ; il lui propose d'accepter comme base de leurs rapports futurs la formule dans laquelle il a renfermé sa prétention.

Une prise à témoins, sous les actions de la loi, puis, sous la procédure formulaire, un échange des consentements en présence du magistrat, par la remise ou la dictée de la formule, précise les positions, constate cet accord (*litis contestatio*).

L'instance une fois contractuellement organisée par le magistrat, celui-ci est dessaisi, et l'affaire se déroule *in judicio* devant un juge, un juré. C'est un simple particulier choisi par les parties. Le demandeur propose un nom que le défendeur peut récuser, puis un autre nom, et ainsi de suite. Plus tard, on tire au sort le nom du juge sur une liste dressée à cet effet, et le nombre des récusations est limité.

La physionomie arbitrale du juge se manifeste aussi par son pouvoir limité. Dans la procédure du *sacramentum*, il donne une simple opinion, sans prononcer de condamnation. On a pu comparer son rôle à celui d'un consultant officiel, du jurisconsulte de l'époque impériale, investi du *jus respondendi* (1). Au cours du procès, il ne peut donner aucun ordre aux parties, les citer, les menacer de peines, si elles ne comparaissent pas dans les délais. Il

(1) IHERING, *op. cit.*, I, p. 174.

donne une opinion juridique, il dit le droit (*judex, jus dicere*) ; c'est le demandeur qui agit (*actor*) (1).

Le juge, ni le préteur, n'assure même pas par la force publique l'exécution du jugement. Elle est l'œuvre du demandeur gagnant, qui, dans cette phase encore, joue le rôle actif. Le préteur ne fait pas exécuter la sentence par ses licteurs. Il autorise le demandeur à prendre lui-même les mesures nécessaires, à emmener le débiteur, l'enfant, l'esclave (*duci jubere*), à se mettre en possession des biens (*bona possideri jubere*), à défendre à l'adversaire, par un interdit possessoire, de résister à cet acte d'exécution privée.

Malgré ces vestiges de la justice privée jusque dans le droit classique, l'administration de la justice est bien devenue, dans le droit développé, une des fonctions essentielles de l'Etat romain. Dès les actions de la loi, les particuliers ne peuvent plus se faire justice eux-mêmes. Ils doivent, pour réaliser leur droit, s'adresser à un magistrat, qui organise les instances suivant les formes légales. Le juge reçoit son investiture du magistrat. C'est un simple particulier et les parties ont encore le droit de le désigner librement. Mais à défaut d'accord, il est pris sur une liste constituée à l'avance, dans des conditions déterminées. Il y a même des collèges permanents de juges. Désormais, personne n'a plus le droit de se faire justice soi-même. Tous, riches ou pauvres, puissants ou faibles, doivent demander à l'Etat le respect de leurs droits contestés ou méconnus, en

(1) IHERING, *op. cit.*, p. 176.

s'adressant à des juridictions organisées, en suivant des formes de procédure préétablies.

Ainsi l'égalité des justiciables trouve, en droit romain, comme dans les constitutions modernes, sa base juridique dans une organisation judiciaire publique et une procédure légale. Bien que ce principe nous apparaisse un axiome incontesté de nos institutions publiques, il n'était pas inutile de le souligner, puisqu'il n'a pas été originel à Rome, et que le système de la justice privée a longtemps maintenu des survivances.

Ce triomphe de la justice publique ne s'est d'ailleurs pas réalisé sans résistances ; l'édit du préteur, la loi, les constitutions impériales ont dû prendre des mesures contre ceux qui tentaient de se faire justice eux-mêmes. Le cas de légitime défense est seul excepté. C'est un droit donné par la nature de repousser par la force la violence qui menace la personne ou les biens, à la condition que la défense soit immédiate.

Ce cas excepté, le préteur sanctionne énergiquement le principe. Le légataire qui a fait reconnaître son droit doit demander à l'héritier la délivrance du legs. Il ne peut sans son assentiment se mettre en possession. Le préteur protège le *bonorum possessor* contre les actes d'usurpation commis par des tiers qui s'emparent de biens héréditaires *pro legato*, en lui accordant l'interdit *quod legatorum : æquissimum prætori visum est unumquemque, non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis* (1). L'interdit *unde vi* et l'interdit *uti possidetis* protègent le possesseur même

(1) ULPIN, *Dig.* XLIII. 3, 1.2.

contre le véritable propriétaire qui l'aurait dépouillé par la violence, ou qui essaierait de vive force de se mettre en possession de la chose (1). La loi Julia *de vi privata* édicte une peine sévère contre le créancier qui use de violence pour se faire payer par son débiteur (2). Auparavant, celui qui avait contraint par des menaces son débiteur à le payer ne pouvait être actionné en restitution (3). L'atmosphère de violences qui avait accompagné les guerres civiles, à la fin du VII^e siècle, explique cette sévérité nouvelle, qui a suggéré aussi au préteur l'interdit *de vi armata*.

Enfin, pour nous en tenir à la période classique, un célèbre décret de Marc Aurèle déclare déchu de son droit le créancier qui, même sans violence, s'empare des biens de son débiteur sans y être autorisé par le juge : « *Causam dixit : An vim putas esse solum, si homines vulnerentur ? Vis est et haec quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponse datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi jus in eam dixisse : jus crediti non habet* » (4).

Toutefois si le débiteur a pris la fuite en emportant son argent, le créancier qui l'a poursuivi et a réussi à lui reprendre ce qui lui est dû échappe à l'action paulienne, pourvu que le fait soit antérieur à l'envoi en possession de la masse des créanciers (5).

(1) ULP. *Dig.* XLIII, 16. 1.1 ; 17.1.14.

(2) ULP., *Dig.* IV, 2 ; 12.2 ; MODESTIN, *Dig.* XLVIII, 7.8.

(3) *Dig.* IV.2.12.2.

(4) *Code*, 2 ; 133 ; CALLISTRATE *Dig.* XLVIII.7.7.

(5) ULP. *Dig.* XLII.8.10.16.

Au Bas-Empire, les pouvoirs publics sont impuissants à maintenir la ferme autorité de l'Etat sur l'immense territoire soumis à la domination romaine. Les empereurs s'efforcent en vain, par des mesures dont la forme radicale et la répétition suffisent à souligner l'inefficacité, de retarder la désagrégation politique, économique et sociale de l'empire. L'anarchie politique engendre, comme toujours, l'émiettement de la puissance publique. Les appétits et les intérêts individuels ne sont plus contenus par un gouvernement fort, et se montrent au grand jour. Une classe de puissants, *potentes, potentiores*, personnages éminents par la fortune, la fonction, la dignité, la naissance, possédant généralement d'immenses domaines, vivent en marge des lois, refusent l'impôt, compromettent l'administration de la justice, ou même encore s'en emparent. Le principe même de la justice publique tend à sombrer. Les puissants se rendent justice à eux-mêmes ; ils interviennent sans cesse dans les procès, prêtant leur appui à ceux qui se sont placés sous leur patronage, impuissants à lutter contre eux, et ils rendent même la justice. L'égalité judiciaire, comme l'égalité civile, est en fait rompue au profit des puissants.

CHAPITRE II

L'organisation judiciaire sous la République et la conquête par la plèbe de l'égalité devant la justice

Dans le chapitre précédent, nous avons vu se substituer au règlement des conflits entre individus par la force, puis par la justice privée, l'administration de la justice par l'Etat. Cette justice publique demeure longtemps une arme politique aux mains de la classe aristocratique, des patriciens, et les plébéiens n'obtiennent qu'au prix de luttes prolongées l'égalité devant la justice comme l'égalité civile et politique.

En retraçant l'évolution de l'organisation judiciaire, des origines à l'institution de la préture, nous analyserons les caractères juridiques qui ont assuré à Rome l'égalité des justiciables citoyens.

Nous ne remonterons pas jusqu'à la période royale, où la vérité historique se discerne mal des récits légendaires. Le roi réunit en ses mains tous les pouvoirs : il est chef de la religion, magistrat et juge. Sa juridiction se distingue difficilement de ses fonctions religieuses, comme le droit religieux (*fas*) du droit civil (*jus*) et son intervention, au nom de l'Etat, dans le règlement des litiges privés est encore timide.

Section I. — LA JUSTICE CONSULAIRE

La chute de la royauté s'accompagne d'une première séparation des pouvoirs civil et religieux. L'autorité civile, en se dégageant de la religion, affirme avec plus de netteté, et fortifie à l'encontre de la justice privée et coutumière, la notion de la justice publique, fondée sur des lois écrites.

Mais cette sécularisation n'a pas eu pour but, ni pour résultat, à la différence de la sécularisation réalisée par la Révolution de 1789, l'abolition de privilèges fondés sur la religion. La religion romaine, à base polythéiste, admet fort bien de nouveaux dieux à côté des dieux nationaux et, malgré son caractère de religion d'Etat, elle est demeurée tolérante, jusqu'à l'avènement du christianisme. Le droit romain n'a pas connu, jusqu'au Bas-Empire, de privilèges fondés sur la religion. A part quelques prérogatives accordées aux flamines de Jupiter et aux vestales (1), tout individu, citoyen romain, allié, latin ou pérégrin, quelles que soient ses croyances, a uniformément la jouissance et l'exercice des droits que lui confère son *status civitatis* ; il agit ou défend devant les mêmes tribunaux, suivant les mêmes formes de procédure. A ce point de vue, la tolérance de la religion romaine conduit à l'égalité des justiciables, sans aucun privilège de juridiction pour les prêtres, ni pour les adeptes de telle ou telle croyance.

Au contraire, l'égalité des classes sociales dans le droit

(1) Une clause de l'édit du préteur exempte les vestales et les flamines de Jupiter de la délation du serment *in jure*, GELL. X. 15.

et, en particulier, dans l'exercice de la justice ne s'est réalisée que progressivement. L'organisation judiciaire du début de la République va nous montrer l'infériorité de la plèbe à ce point de vue, et il faudra un long mouvement politique, la création d'un organe peut-être d'abord révolutionnaire, puis légal, pour lui assurer l'égalité avec les patriciens dans la distribution de la justice civile.

Après la chute de la royauté, le pouvoir civil sécularisé passe à deux consuls élus. Ils conservent la plénitude des pouvoirs du roi, à l'exclusion des fonctions religieuses, et ils exercent en particulier la juridiction sur les procès privés.

Seuls magistrats civils, les consuls ont par là même une compétence judiciaire intégrale. Ils connaissent de tous les procès civils, sans distinction de personnes, ni de matières. Il n'y a donc pas de privilèges de compétence, ni *ratione personæ*, ni *ratione materiæ*. Cette règle garantit aux plaideurs une des formes les plus essentielles de l'égalité judiciaire, l'égalité de la compétence. Il importe de la souligner dès maintenant, car elle domine l'organisation judiciaire romaine pendant la plus grande partie de son histoire, à l'égard des citoyens tout au moins. Le préteur, à Rome, le gouverneur dans sa province, ont une juridiction générale pour toutes personnes et toutes matières. C'est seulement au Bas-Empire qu'apparaissent des juridictions d'exception, fondées sur des distinctions de classes ou de religions.

D'autre part, le mode de recrutement des consuls paraît garantir aux parties une justice égale pour tous : ils sont élus dans les assemblées du peuple. Sous la Révolution, de

1790 à l'an VIII, on a vu dans l'élection le meilleur moyen d'assurer l'indépendance des juges. En préconisant ce système, Montesquieu avait en vue, il est vrai, l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir exécutif : il en faisait le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs. A Rome, ce principe est inconnu. Les consuls réunissent sur leur tête tous les pouvoirs. Il n'est pas à craindre d'immixtion d'autres autorités dans le cours de la justice, au détriment de tel ou tel plaideur.

Mais, d'autre part, ce cumul des pouvoirs politiques, administratifs, militaires et judiciaires donne à la magistrature consulaire un caractère politique très accusé. L'élection des consuls est avant tout une affaire politique. Ce caractère risque de compromettre la marche de la justice, par le choix politique des consuls, par le contrôle qu'exerce sur eux le corps électoral à leur sortie de charge.

Le danger d'une justice politique est d'autant plus à redouter que les consuls sont les représentants d'une classe. Depuis la fondation de la République (244) jusqu'à la création des tribuns militaires (310), c'est-à-dire pendant toute la période de plus d'un demi-siècle où ils ont exercé la juridiction contentieuse, les consuls sont choisis exclusivement parmi les patriciens. Sans doute sont-ils élus par les comices centuriates, dont les plébéiens font aussi partie ; mais la composition des centuries et le mode de votation y assurent la majorité à une aristocratie d'argent. Les citoyens sont répartis dans ces assemblées d'après leur fortune. Le vote a lieu par centurie, en commençant par les centuries de cavaliers et les centuries de la première classe, et il est arrêté quand la majorité est acquise. Or les 18 cen-

turies de cavaliers et les 80 centuries de la première classe forment la majorité des 193 centuries. Plus tard, on ne respecte même plus la répartition numérique des citoyens dans les centuries ; on dissémine les plus riches, devenus moins nombreux, dans les centuries de la première classe. Un petit nombre de riches forment ainsi à eux seuls la majorité avec 98 centuries ; la foule des citoyens pauvres est massée dans les centuries de la minorité.

Ce recrutement de classe, bien qu'électif, ne devait inspirer à la plèbe qu'une médiocre confiance dans l'impartialité de la justice de magistrats élus surtout sur un programme politique.

Sans doute, le mandat des consuls est annuel, sa faible durée leur impose une responsabilité à laquelle échappait le roi viager. A leur sortie de charge, ils redeviennent de simples particuliers, et peuvent être poursuivis au criminel et au civil, en raison de leurs actes passés. Mais cette responsabilité, c'est devant des successeurs, patriciens comme eux, ou devant une assemblée aristocratique qu'elle sera engagée par la *provocatio ad populum*, sans plus de garantie pour le plébéen que la justice consulaire dont il se plaint.

La collégialité apporte aux pouvoirs des consuls une limitation plus effective. Les deux magistrats n'exercent pas leurs fonctions concurremment, ni suivant une répartition des affaires entre eux. Chacun d'eux en a la plénitude à son tour pendant un mois. Mais celui qui est en inactivité a le droit d'arrêter par son opposition (*intercessio*) les actes, même judiciaires, de son collègue en exercice.

Section II. — LES TRIBUNS DE LA PLÈBE ET L'INTERCESSION

L'intercession est un droit de veto ; elle ne permet pas au consul qui l'exerce de faire un acte positif, de se substituer à l'activité de son collègue. Elle peut empêcher du moins un acte contraire à la loi ou à l'équité. Elle est le contrepoids nécessaire à la puissance du magistrat, sous un régime qui ne pratique pas la séparation des pouvoirs. Elle est un moyen de contrôle, notamment sur la bonne administration de la justice. Admis de collègue à collègue, et au profit de tout magistrat contre un acte de son égal ou de son inférieur, le droit d'intercession va constituer l'arme fondamentale de la plèbe contre la justice partielle des consuls patriciens. Grâce à leur intercession, les tribuns de la plèbe vont rétablir au profit de leur classe l'égalité dans la justice, rompue par les magistrats patriciens.

L'origine et la date de création des tribuns de la plèbe sont controversées. Dans l'opinion la plus répandue, des tribuns militaires plébéiens auraient pris la tête d'une sécession de la plèbe en 260. A la suite de ce mouvement, la plèbe aurait obtenu le droit de nommer des représentants chargés de la protéger contre les consuls, en arrêtant l'exécution de leurs actes, toutes les fois que les intérêts des plébéiens seraient en jeu. D'abord au nombre de cinq, puis de dix, ils auraient été élus par les curies, puis, à partir de 283, par les tribus.

Des auteurs allemands (1) ont conjecturé l'existence à

(1) Cf. P. F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Tome I^{er}, p. 154, note 3.

l'origine d'une juridiction des tribuns sur les membres de la plèbe. Peut-être les tribunaux de l'Etat n'ont-ils pas été, dès le principe, accessibles aux plébéiens. Les patriciens seuls auraient fait partie de la cité, les plébéiens n'ayant pas plus de droits que les étrangers. L'activité des *decemviri* plébéiens, statuant *in judicio*, suppose, d'autre part, une instance préalable *in jure* ; les tribuns paraissent les magistrats plébéiens les plus qualifiés pour l'organiser. En tout cas, cette organisation judiciaire n'a laissé aucune trace, et un texte d'Aulu Gelle dit que les tribuns de la plèbe ne paraissent pas avoir été créés pour rendre la justice (1).

Sans prendre parti sur cette hypothèse, il est vraisemblable que l'intercession tribunitienne n'a pas reçu du premier coup sa portée générale. Avant d'obtenir la reconnaissance légale du droit d'arrêter les projets de lois ou les sénatus-consultes, les tribuns ont dû intervenir d'abord contre les décisions d'espèces, concernant tel particulier, à la demande de plébéiens opprimés réclamant leur secours. Peut-être même leur appui a-t-il d'abord été sollicité exclusivement en matière de procès civils, où le tribun aurait fourni aux membres de la plèbe poursuivis une assistance analogue à celle que des citoyens assurent à leurs hôtes ou à leurs clients. En déclarant devant le magistrat avoir un non citoyen en sa puissance, l'hôte le soustrait à la justice privée du demandeur. Sans cette intervention, le non citoyen, ne pouvant défendre à la *legis actio*, pourrait être emmené par le demandeur, sur l'autorisation du magis-

(1) AULU-GELLE, *Nuits Attiques*, 13,12,9.

trat. L'intervention du tribun, autorisé par exemple à jouer le rôle d'une sorte de représentant judiciaire, empêcherait le plébéien poursuivi d'être entraîné sans procès par le demandeur (1).

Quelles que soient ses origines, l'intercession des tribuns de la plèbe est surtout fréquente, et trouve ses exemples les plus anciens, en matière judiciaire. Elle présente ce caractère remarquable, que le tribun peut l'exercer contre tous les magistrats de l'Etat, bien qu'il ne soit pas magistrat de l'Etat, et n'ait pas accès aux magistratures de l'Etat. Son veto ne peut être arrêté par l'opposition de ses collègues, qui s'exerce seulement contre les actes positifs de justice criminelle ou de coercition. Les tribuns ont le droit, non seulement d'empêcher l'exécution d'un acte, mais d'interdire préventivement une série d'actes (prohibition).

L'intercession des tribuns s'applique à l'encontre de tous les magistrats, à l'exclusion du dictateur. Elle est limitée à l'intérieur de Rome et à un rayon d'un mille autour de la ville.

Quant à l'effet général de l'intercession, certains auteurs (2) le considèrent comme rescisoire, d'autres (3) comme simplement prohibitif.

L'intercession tribunitienne nous paraît une arme bien dangereuse, et nous avons peine à nous figurer, avec notre mentalité moderne, cette intervention du représentant d'une classe, surtout dans l'administration de la justice.

(1) Cf. GIRARD, *op. cit.*, p. 148, note 3.

(2) Notamment : MOMMSEN, *Droit public*, I, p. 304 et ss.

(3) KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, p. 142.

Cependant son caractère négatif en limitait l'effet et ne permettait pas au tribun de se substituer au magistrat. Elle était d'ailleurs moins un moyen d'assurer la suprématie de la classe populaire, qu'un contrepoids nécessaire à la puissance des magistrats patriciens et, bien loin de fausser l'administration de la justice, elle tendait à rétablir l'égalité des plaideurs plébéiens et patriciens.

« Pareilles interventions diminuent de gravité, lorsqu'on remarque qu'elles n'avaient qu'une valeur négative. Elles pouvaient, il est vrai, ajourner la décision judiciaire projetée, mais non la faire remplacer par une autre. Il en résultait que le veto ne pouvait passer en force de chose jugée, et qu'il pouvait non seulement être levé par le successeur aux fonctions, mais être retiré par son auteur lui-même. Cette institution ne présentait donc aucun caractère d'hostilité envers l'administration de la justice. Elle lui servait, au contraire, d'auxiliaire, en opposant un frein à la partialité ou à l'injustice du préteur. Au commencement de la République, le veto des tribuns, même appliqué aux décisions judiciaires des fonctionnaires patriciens, devait paraître précieux aux yeux de la plèbe. A cette époque, en effet, l'administration de la justice, confiée exclusivement aux mains des patriciens, se trouvait exposée à toutes les influences de l'esprit de parti (1) ».

(1) IHERING, *Esprit du Droit romain*, I, p. 81.

Section III. — LES DÉCEMVIRS ET LES TRIBUNS MILITAIRES
A PUISSANCE CONSULAIRE

A partir de la fin du III^e siècle de Rome, le consulat subit des éclipses répétées, sous la poussée des mouvements de la plèbe, qui ne trouve pas dans l'intercession et la *provocatio ad populum* des garanties suffisantes contre la partialité des consuls, et veut obtenir l'égalité civile et politique.

Les décevirs sont nommés en remplacement des consuls, en vue de rédiger des lois communes aux membres des deux ordres. Ils cumulent tous les pouvoirs des consuls, y compris l'administration de la justice civile. Mais seuls les patriciens y ont accès, du moins dans le premier collège ; dans le second, Denys cite les noms de trois plébéiens (1). L'abolition du consulat est compensée par la suppression des tribuns de la plèbe et de la *provocatio ad populum*, c'est-à-dire des garanties essentielles des plébéiens contre la partialité des patriciens. Après la chute des décevirs, les consuls et tribuns de la plèbe sont rétablis.

La transaction réalisée en 310 apporte à la plèbe plus de garanties, et prépare son accès au consulat. On convient que les consuls pourront être remplacés, sur décision du Sénat, par des tribuns militaires, investis des pouvoirs consulaires, au nombre de six, choisis indifféremment parmi les patriciens et les plébéiens. En fait, des plébéiens n'ont été désignés qu'une seule fois, en 354 (2).

D'après certains auteurs, la substitution aux con-

(1) DENYS, X, 58.

(2) CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I. p. 417.

suls des tribuns militaires à puissance consulaire aurait eu pour but principal d'entr'ouvrir à la plèbe la porte des magistratures, sans lui donner accès au consulat : ils refusent à ces tribuns militaires la juridiction civile, en la réservant aux membres patriciens de ce collège, à l'exclusion des plébéiens (1). Mais aucun texte ne permet de conjecturer une inaptitude des membres plébéiens à exercer ces fonctions judiciaires et le nom même de ces magistrats démontre l'identité de leurs pouvoirs et de ceux des consuls (2).

Section IV. — LA PRÉTURE

En 387, les lois Liciniennes ouvrent aux plébéiens le consulat et abolissent les tribuns militaires à puissance consulaire. Mais si l'égalité politique est ainsi consacrée pour la magistrature suprême, l'égalité devant la justice n'est pas réalisée au profit de la plèbe. La même année, la justice civile est distraite des fonctions des consuls et confiée à un préteur, d'abord exclusivement patricien. Cette séparation montre assez nettement combien la classe des patriciens était jalouse du privilège de la justice.

Néanmoins la création d'une magistrature judiciaire spécialisée est, dans une certaine mesure, une garantie de bonne administration de la justice. L'élection du préteur présente un caractère politique moins accentué que celle

(1) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, II, 1891, p. 652; SCHWEGLER, *Römische Geschichte*, III, p. 111-113; LANGE, *Zahl und Amtgewalt der KONSULARTRIBUNI*, I, 1887, p. 235-273.

(2) MOMMSEN, *Droit public*, III, p. 217, note 7. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, p. 123, n. 4. GIRARD, *op. cit.*, p. 57, n. 3.

des consuls, et la compétence juridique du candidat y entre en ligne de compte. Une fois élu, le préteur est davantage à l'abri des tentations de la partialité politique et peut exercer la juridiction avec plus d'indépendance que les consuls. S'il est leur collègue inférieur, cette infériorité s'évanouit pour l'administration de la justice civile. Il semble même que les consuls ne peuvent s'opposer, par intercession ou prohibition, à la délivrance de la *legis actio* par le préteur. Les exemples de prohibition et d'intercession arrêtant l'exercice de la *legis actio* ne manquent pas, mais tous ceux où l'opposition émane d'un magistrat de l'Etat sont postérieurs à la loi *Æbutia*, appartiennent à une période dans laquelle cette loi avait donné au préteur lui-même un nouveau pouvoir sur l'instance (1).

Seules continuent à jouer, à l'encontre de la juridiction, comme de toute autre activité, l'intercession et la prohibition des tribuns de la plèbe. Et encore, si l'on voit, en 374, époque où les consuls sont encore investis de la juridiction, les tribuns de la plèbe s'opposer à ce que les *addicti* soient emmenés par le créancier (2), il est remarquable de ne pas trouver d'exemple plus net de leur intervention sur la juridiction du préteur. En 567, le tribun Tiberius Gracchus arrête l'exécution dans le procès de Scipion (3), mais il s'agit de l'exécution de droit public contre les débiteurs de l'Etat, et non de l'exécution du droit privé par *legis actio* contre le *judicatus*.

En 417, trente ans après les lois Liciniennes, l'accès à la

(1) GIRARD, *op. cit.* p. 201.

(2) TITE-LIVE, 6.27,10.

(3) TITE-LIVE 38.60. Cf. GIRARD, *op. cit.*, p. 201, note 3.

préture est ouvert aux plébéiens. Avec l'égalité politique, l'égalité des classes devant la justice est réalisée, juridiquement tout au moins. Plébéiens comme patriciens peuvent porter leurs litiges devant un même magistrat, élu par eux, pris dans l'une ou l'autre classe, et les voir juger suivant la même procédure des *legis actiones*.

Section V. — LA DIVULGATION DES FORMULAIRES ET DU CALENDRIER

Cependant cette égalité juridique de la justice n'est pas une égalité de fait. La connaissance des formules de procédure, essentielle au succès des procès, et garantie des parties, à une époque de formalisme, demeure encore le privilège d'une caste fermée, la classe patricienne. Pour lier une instance, il faut prononcer des paroles solennelles, faire des gestes rituels ; une seule irrégularité entraîne la perte du procès. Ces cérémonies ne peuvent être accomplies qu'à des jours déterminés, les jours fastes. Les jours néfastes sont consacrés à des actes de purification, au culte des dieux infernaux. C'est seulement dans les jours fastes que le préteur peut prononcer les trois mots résumant les attributs de la juridiction : *do, dico, addico*. On ne peut exercer une action de la loi, un *dies intercisus*, que pendant le milieu du jour ; le matin et le soir sont réservés aux sacrifices. Les instances sont aussi suspendues les jours de fête.

Au point de vue de la procédure, la loi des XII Tables, affichée sur le forum, assurait la publicité aux formes des actions de la loi ; mais le plébéien qui voulait plaider

n'était pas plus avancé, en lisant ces formes, que ne le serait aujourd'hui un individu, profane dans la science du droit, qui achèterait un code. Pour faire un acte juridique, pour ester ou défendre en justice, il fallait connaître les formulaires pratiques. A l'époque des actions de la loi, tout était rituel dans le droit et la justice ; l'on ne tenait compte que de la forme, la loi ni le magistrat ne suppléaient aux gestes ou aux paroles que les parties avaient omis de faire ou de dire, et la moindre irrégularité faisait perdre un procès ; les plaideurs, qui n'étaient admis à agir qu'en personne, devaient être au courant des détails les plus minutieux, s'ils voulaient éviter toute surprise.

Enfin la rédaction très brève de la loi laissait une assez large part à l'interprétation.

Les pontifes avaient composé des formulaires pour prévenir toutes les difficultés que la pratique avait révélées. Ils avaient formé peu à peu une méthode d'interprétation du droit, une jurisprudence. Enfin en raison de son caractère religieux, ce sont eux qui réglaient le calendrier, déterminaient pour une année les jours fastes et les jours néfastes. Or le collège des pontifes était un corps fermé, accessible seulement aux patriciens. Ils se gardaient de divulguer ces règles et leur monopole du calendrier, des formulaires et de l'interprétation ôtait toute sécurité d'agir en justice aux plébéiens, obligés de passer par eux pour connaître les conditions de temps et de forme de l'exercice régulier des actions. Le préteur lui-même, élu de l'ensemble du peuple, se trouvait dans une situation amoindrie et humiliante vis-à-vis de ce corps permanent, recruté par cooptation, patricien, dont il devait solliciter

la divulgation des conditions de régularité de sa magistrature.

Ce monopole donne aux pontifes une influence considérable sur le droit et la procédure, et ils sont naturellement portés à en faire une arme contre la classe des plébéiens. Cette influence est si manifeste, qu'on en a souvent conclu à une participation effective des pontifes à l'administration de la justice, soit pour organiser l'instance, soit pour trancher le procès (1), par exemple à la place des tribuns militaires à puissance consulaire (2), pour des matières se rattachant au droit religieux, telles que le *sacramentum* (3). Jhering va jusqu'à comparer directement le tribunal des pontifes aux tribunaux ecclésiastiques du moyen-âge : « C'est, en effet, écrit-il, un phénomène surprenant que presque toutes les matières de droit civil dans lesquelles s'ingéra, au Moyen-Age, l'autorité législative du *summus pontifex* de la Rome moderne et dont l'application était réservée aux tribunaux ecclésiastiques, étaient confiées, plus de dix siècles auparavant, aux soins du *pontifex maximus*, et qu'après avoir été développées dans la pratique du collège des pontifes et des tribunaux ecclésiastiques, elles ont passé avec la procédure même dans les tribunaux du moyen-âge. Le *fas* de la Rome antique est le *jus canonicum* de la Rome du moyen-âge. Aux deux époques existait le *jus utrumque*, dans lequel les ju-

(1) KARLOWA, *Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen*, p. 23 et suiv.

(2) ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, II, p. 652.

(3) IHERING, *L'Esprit du Droit romain*, I, p. 295, note 286 ; III, p. 81.

ges ecclésiastiques et les juges civils devaient également être versés. » (1)

Ihering attribue à la compétence judiciaire des pontifes : la validité du mariage, les empêchements à mariage, la paternité et la parenté légitimes, les hérédités, toutes les questions touchant aux *sacra*. Certaines actions intentées devant la juridiction civile supposaient tout au moins, à son avis, une décision préalable des pontifes sur une question préjudicielle de *fas* : telles étaient la théorie du temps, celle de la *pignoris capio* dans son rapport avec le droit ecclésiastique, celle du *votum*.

La thèse de la juridiction des pontifes s'appuie sur un texte de Pomponius, qui rapporte, après avoir parlé des XII Tables, que « *actiones apud pontifices erant, ex quibus constituebatur quis quoque anno praesset privatis* » (2). Mais le mot *praesse* peut s'entendre, non pas d'une juridiction, mais de consultations données aux particuliers au nom du collège des pontifes par un de ses membres, délégué par lui. La juridiction des pontifes se concilie mal avec la séparation des pouvoirs civil et religieux, consécutive à la chute de la royauté.

En tout cas, même si on leur refuse toute compétence civile sous la République, l'influence des pontifes sur le droit et la procédure n'en est pas moins incontestable, par leur rôle en matière de calendrier et par ce fait que leur qualité de corps permanent leur a permis de garder les traditions et les archives de la juridiction exercée par eux,

(1) IHERING, *op. cit.*, I, p. 294.

(2) POMPONIUS, *Dig.* 1,2, *De origine juris.*, 2.6.

à l'époque où le droit religieux et le droit humain étaient confondus (1).

L'obstacle qu'apportait à la liberté juridique d'action en justice des plébéiens le caractère secret du calendrier et des formulaires fut levé en 449. Cneius Flavius livre à la publicité un recueil de formules rédigé par Appius Claudius, probablement à l'instigation de celui-ci, désireux d'abattre la puissance du parti des nobles, auquel il était hostile. Cette divulgation porta un coup décisif au crédit des pontifes et abattit leur monopole. Le peuple en comprit si bien l'importance, qu'il élit Cneius Flavius tribun de la plèbe, sénateur, édile curule. Quelques années plus tard, en 454, la loi Ogulnia ouvrit à la plèbe les portes du collège des pontifes (2). Désormais, la table des fastes, les traditions et la méthode du collège des pontifes cessent d'être le monopole des patriciens. La justice civile est vraiment égale en droit pour tous : la magistrature judiciaire est accessible aux plébéiens ; la compétence et la procédure sont uniformes pour tous les citoyens, et tous, plébéiens comme patriciens, connaissent les temps, les formes, le rituel, qui sont la condition d'une instance régulière.

Enfin l'interprétation du droit cesse aussi d'être le monopole d'un collège fermé. Tiberius Coruncanius, premier pontife plébéien, puis président du collège dans les dernières années du V^e siècle, au lieu de choisir quelques privilégiés pour les initier à l'art du droit, admet à ses au-

(1) GIRARD, *op. cit.* p. 58, note 3.

(2) TITE-LIVE, X, 6 et 9 ; CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, I, p. 447.

diences tous ceux qui veulent l'apprendre. Tout le monde, plébéen ou patricien, peut devenir juriste. L'enseignement public du droit va peu à peu le dégager des formules étroites d'une caste, et animer la jurisprudence d'un esprit plus large.

Section VI. — LA DISTINCTION DU MAGISTRAT ET DU JURÉ

Au point de l'histoire de l'organisation judiciaire où nous sommes arrivé, la justice civile à Rome a dépouillé tous les traits qui en faisaient une justice de classe. Le préteur, indifféremment patricien ou plébéen, organise les instances des plébéiens et des patriciens, sans distinction de personnes ou de matières, ni pour la compétence, ni pour les formes de la procédure. Tous les plaideurs sont à même, par la connaissance des jours fastes et des formes requises, de jouer convenablement en justice le rôle actif que leur assignent les actions de la loi. Les règles organiques de la magistrature romaine, applicables au préteur comme aux autres représentants de l'autorité, sont propres à assurer aux plaideurs une justice impartiale. Les principes de l'élection, de l'annualité, de l'intercession tribunitienne, servent de contrôle à l'activité judiciaire du préteur, comme à celle des consuls avant les lois Liciniennes. Le principe de la compétence générale, *ratione materiæ* et *ratione personæ*, est aussi un élément d'égalité, et la spécialisation de la juridiction la renforce dans la préture, en séparant la justice de la politique. Le préteur est d'ailleurs dégagé de l'influence politique des consuls,

qui ne paraissent pas avoir contre lui le pouvoir d'intercéder en matière judiciaire.

En dépit de toutes ces garanties, le magistrat n'est pas appelé à statuer sur les procès. Il est seulement l'organisateur de l'instance, et il renvoie la solution des affaires à un juge, qui n'est pas un magistrat public, mais un simple particulier. C'est la distinction fondamentale du *jus* et du *judicium*, qui a dominé l'organisation judiciaire à Rome, pendant les longs siècles où la procédure des actions de la loi et la procédure formulaire ont été en vigueur.

Cette distinction s'est, sans doute, introduite sous l'influence de causes purement historiques, soit la nécessité de recourir à la science des pontifes, soit le désir des parties de confier à un tiers choisi par elles l'estimation d'un litige. Quelles que soient ses origines, la création du jury civil constitue une limitation sérieuse des pouvoirs du magistrat, une garantie nouvelle accordée aux citoyens contre l'arbitraire d'un magistrat unique. La tradition la présente nettement comme une réforme démocratique voulue, attribuée aux fondateurs de la République ou à Servius Tullius, créateur légendaire des institutions populaires (1).

Même si le renvoi du procès procède d'une habitude facultative des rois, il faut y voir, à partir de la République, une règle impérative, qui s'impose aux magistrats, une limite légale à leur autorité, et non, comme le pensait Savigny (2), une simple faculté, dont l'exercice serait devenu de plus en plus fréquent, mais qui réservait au magis-

(1) CICÉRON, *De republica*, 5.2.3. DENYS, 4.3.6.

(2) SAVIGNY, *Système du droit romain*, VI, p. 291.

trat le droit de statuer en personne. Tous les textes font allusion à la nomination obligatoire d'un juge (1).

Ce juge est en principe un juré unique, désigné pour chaque affaire. Les collèges permanents de juges, *decemviri litibus judicandis* et tribunal des centumvirs, ne paraissent pas remonter au-delà du VI^e siècle de Rome et leur compétence est limitée. A l'époque des XII Tables, on rencontre des *judices decemviri* déclarés sacrosaints à côté des tribuns et des édiles, et par conséquent recrutés exclusivement parmi les plébéiens ; ils paraissent jouer le rôle d'arbitres, dans des circonstances mal connues. Nous reviendrons sur les *recuperatores*, qui tranchent les procès concernant les étrangers.

Le choix du juré est laissé à l'accord des parties. A défaut d'entente, le demandeur désigne, ou tire au sort un nom sur une liste préparée à l'avance, et le défendeur a droit à un certain nombre de récusations. Cette désignation par accord, ou cette faculté de récusation, constituent une sérieuse garantie d'égalité entre les parties. Mais cette garantie dépend naturellement de la composition de la liste des jurés. Sur ce point, la législation a maintes fois varié, avec les fluctuations de la situation politique. C'est la preuve de l'importance attachée par chaque parti à la confection de la liste des jurés, et du caractère de jury de classe qui entache sa composition.

A l'origine, la liste du jury se compose de tout le Sénat, ou de personnages choisis à l'avance dans l'ordre sénatorial : ce sont les patriciens, et les familles des plébéiens

(1) En ce sens : GIRARD, *op. cit.*, p. 79 et suiv.

riches, dont les membres sont devenus magistrats et sont entrés dans le Sénat. Le jury constitue ainsi une aristocratie de naissance, tout d'abord, puis de pouvoir, à mesure que des hommes nouveaux sont entrés plus nombreux dans le Sénat. Du moins, dans ce corps, il se crée des traditions, qui peuvent élever les jurés jusqu'à l'idée d'une justice égale pour tous.

Mais ce système donnait pour juges aux magistrats sortis de charge les membres de l'ordre sénatorial, dont ils faisaient eux-mêmes partie. A la suite d'acquittements scandaleux de magistrats concussionnaires, la loi judiciaire de Tiberius Gracchus décide, en 632, que les jurés seront pris dans l'ordre équestre. C'est une aristocratie d'argent, composée de tous ceux qui ont le cens équestre, c'est-à-dire une fortune supérieure au cens de la première classe, et qui se recrute parmi les hommes d'affaires, les fermiers des travaux publics et de l'impôt. Cette innovation est dangereuse : les chevaliers sont les ennemis de l'ordre sénatorial ; elle met les magistrats, les gouverneurs de province, sous la dépendance de trafiquants. Formant une classe personnelle, et non héréditaire comme l'ordre sénatorial, les chevaliers, qui sont souvent des parvenus, n'ont ni la moralité ni les traditions qui constituent des garanties d'une égale administration de justice.

De nouveaux changements se succèdent rapidement au VII^e siècle et au début du VIII^e siècle, témoignant de l'instabilité politique. En 673, Sylla restitue aux sénateurs le *munus judicandi*. En 684, la loi Aurelia organise un système transactionnel. Elle crée trois décuries ou sections de juges, formées, la première, de sénateurs, la seconde, de

chevaliers, la troisième, de *tribuni ærarii*. Jules César exclut ces derniers, en 708, et compose la troisième décurie de chevaliers, comme la seconde.

A la fin de la République, la liste des juges comprenait environ 900 membres, 300 dans chaque section. Auguste élève à 4.000 le nombre des juges de chaque décurie et, pour les affaires civiles les moins importantes, il y ajoute une quatrième décurie, recrutée parmi les citoyens ayant la moitié du cens équestre, soit 200.000 sesterces. Caligula ajoute une cinquième décurie, recrutée de la même manière.

La combinaison dans le jury des éléments sénatorial et équestre visait à donner une justice plus impartiale, en neutralisant les tendances des deux classes ennemies. On pouvait cependant redouter leurs collusions contre les plébéiens. En constituant une décurie avec cens moins élevé, pour les litiges peu importants, Auguste donnait au peuple des garanties d'une justice plus impartiale et ne la laissait pas à la merci des ordres les plus élevés.

Le juré n'est pas un homme initié à la science du droit. Pour faciliter sa tâche, il s'entoure habituellement d'un conseil d'hommes ayant l'expérience des affaires judiciaires, et d'une probité reconnue. Les plaideurs prennent l'avis des jurisconsultes et, au temps de Cicéron, il est de règle pour les jurés de suivre cet avis, à moins que l'adversaire ne prouve, en invoquant l'autorité d'autres jurisconsultes, qu'il est contraire au droit.

Cet usage assurait aux jurisconsultes les plus renommés une influence décisive sur l'administration de la justice. Auguste a réservé à certains d'entre eux le privi-

lège de répondre aux consultations, au nom du prince (*jus publice respondendi*).

Hadrien a accru encore davantage l'autorité de ces juriconsultes : en cas d'unanimité, leur opinion s'impose au juge, comme la loi et le juge perd alors sa liberté d'appréciation.

Il est à remarquer que les influences extérieures qui peuvent s'exercer sur la juridiction du préteur sont étrangères à l'instance *in judicio*. Le juré n'est pas un magistrat, il n'est pas soumis à l'intercession de collègues égaux ou supérieurs, ni à l'intercession tribunitienne. La plèbe ne trouve donc pas auprès des juges, recrutés dans l'aristocratie, la garantie d'égalité qui résulte du veto opposé par le tribun à la décision d'un magistrat.

Par contre, le devoir du juge de maintenir entre les plaideurs l'égalité trouve des sanctions rigoureuses dans sa responsabilité. La loi des XII Tables prononce la peine capitale contre le juge ou l'arbitre qui s'est laissé corrompre à prix d'argent, et la loi Valeria de 305 déclare *sacer* la partie qui exécute les menaces qu'elle a faites pour influencer le juge et tenter de porter atteinte à son impartialité.

D'autre part, la loi des XII Tables détermine les cas où le juge doit surseoir au jugement, en raison d'un empêchement survenu à l'un des plaideurs ou à lui-même. Si, en dehors de ces cas, il ne se rend pas au forum au jour fixé pour l'ouverture des débats, il fait le procès sien.

Enfin les témoins des actes juridiques qui refusent de témoigner en justice sont déclarés *improbi* et déchus du droit d'être témoins. Il en est de même du parjure, qui encourt en outre une peine religieuse.

CHAPITRE III

La liberté d'agir en justice

L'égalité devant la justice comporte comme prérogative essentielle le libre accès des parties devant les tribunaux, et la liberté d'y exposer leurs prétentions. Aujourd'hui, ce principe est considéré comme une liberté publique. Toute personne a le droit d'intenter une action devant un tribunal et celui-ci doit statuer. Toute personne peut exercer un recours contre une décision. La jurisprudence n'admet même qu'en cas de dol ou de faute lourde une responsabilité pour le plaideur téméraire.

A Rome, le libre accès des tribunaux est ouvert, sans distinction de classe, de religion, ni de nationalité. Il comporte cependant des restrictions. En droit, certaines personnes, par suite d'incapacités absolues ou relatives, ne peuvent agir en justice ; la liberté d'agir ou d'exercer des recours est limitée par des sanctions rigoureuses contre le perdant, même de bonne foi. En fait, sous la procédure des actions de la loi surtout, l'égalité des plaideurs peut se trouver rompue par des considérations de fortune.

Section I. — LES PEINES CONTRE LE PLAIDEUR TÉMÉRAIRE

Le droit romain considère volontiers comme un plaideur téméraire, celui qui a fait sans succès usage de son droit, en intentant une action dont il est débouté, en opposant à l'action du demandeur une résistance reconnue injustifiée, au lieu de céder immédiatement. Il lui applique une véritable peine, sans égard à sa bonne foi.

Par application de cette théorie du plaideur téméraire, le *vindex*, intervenu à tort dans la *manus injectio*, est probablement condamné au double. Les plaideurs s'exposent, dans la procédure du *sacramentum*, à perdre, en plus du procès, leur consignation. Celui qui, dans un procès en revendication, a obtenu la chose litigieuse, est tenu, s'il succombe et si la chose a péri même fortuitement, d'en payer la valeur au double. La peine du double est encourue contre celui qui conteste à tort une action résultant d'un legs *per damnationem*, d'un paiement fait par un tiers, d'un jugement, ou qui défend à l'action en garantie contre l'éviction, en cas de mancipation.

Gaius range dans la catégorie des actions mixtes, pénales et réipersécutoires à la fois, des actions qui croissent au double, en cas d'*infinitatio* ou de résistance du défendeur : action de la loi Aquilia, action *ex testamento*, actions sanctionnant des dettes nées *per æs et libram*.

Enfin le recours contre une décision injuste n'est pas un droit librement exercé, puisque le défendeur qui demande la *revocatio* de la sentence, en résistant à l'action *judicati*, s'expose à payer le double, s'il succombe. Sous l'Empire, l'appelant supporte dans ce cas une peine égale

au tiers de la valeur du litige, et nous verrons Constantin aggraver exagérément cette peine.

Section II. — LIMITATION AU DROIT DE CERTAINES PERSONNES
D'AGIR EN JUSTICE.

Dans les premiers siècles de la république, le droit d'agir en justice est réservé à un chef de groupe. Le *paterfamilias* est investi d'une *potestas* extrêmement large sur sa *domus*, sa femme *in manu*, ses enfants et descendants, ses filles mariées *sine manu*, ses esclaves. Il exerce sur eux un pouvoir de juridiction criminelle, disciplinaire, exclusif de la justice publique, et qui va jusqu'au droit de vie et de mort, sous le seul contrôle de la *gens* et des censeurs. Toutes les acquisitions faites par l'intermédiaire de l'esclave ou du fils de famille profitent au maître ; ils ne peuvent s'obliger personnellement. N'ayant la jouissance active ou passive d'aucun droit, ils n'ont ni le besoin ni le pouvoir d'accéder aux tribunaux. Même à l'époque classique, le fils de famille qui joue le rôle d'*adstipulator* ne peut exercer de poursuites contre le promettant, à moins de sortir de la puissance paternelle sans *capitis deminutio* ; dans le seul cas où une obligation peut résulter d'un acte du fils de famille, le cas d'un délit, l'action est dirigée contre le père, et non contre le fils.

Les clients, les affranchis étaient avec le patron dans une situation analogue. Leurs devoirs réciproques étaient sanctionnés par des peines religieuses, et leurs différends

de la compétence du tribunal domestique, à l'exclusion des tribunaux de l'Etat (1).

Quant à la femme *sui juris*, elle était toute sa vie en tutelle et incapable de s'obliger ou d'exercer une action de la loi sans le concours de son tuteur.

Dans le droit classique, le droit d'agir en justice s'élargit, avec la reconnaissance de plus en plus accentuée de la personnalité humaine, mais la notion ancienne de la famille ou du groupe social maintient encore de très importantes restrictions.

Aucune action infamante ne peut être exercée entre époux (2). La jurisprudence autorise la femme à revendiquer la liberté de son mari même contre son gré, lorsqu'il passe pour esclave (3). Le bénéfice de compétence, réservé au mari poursuivi en restitution de la dot, est étendu par Antonin le Pieux à toute action intentée par la femme contre le mari, puis accordé, à titre de réciprocité, à la femme citée en justice par le magistrat (4). La femme peut demander l'intervention du magistrat contre le mari qui néglige de pourvoir à son entretien (5). Le mari doit protection à sa femme et a le devoir d'agir en justice en son nom (6).

L'action *rei uxoriæ*, destinée à garantir la restitution de la dot, est soumise à des règles particulières. Notamment, si la femme est sous la puissance de son père, à la dissolution du mariage, le père ne peut exercer l'action au

(1) DENYS, 11,10.

(2) SAB. PROC. JUL. ap. PAUL, 7 ad Sab., Dig. 25.2.1.

(3) ULP. 5 ad. Ed. Dig. 40.12.3.2.

(4) ULP. 6,1.

(5) ULP. 33, ad Ed. Dig. 24.3.28.8.

(6) POMP. 15 ad. Sab. Dig. 11.4.18.

nom de sa fille sans le consentement de celle-ci ; il agit *adjuncta filiae persona*, et le nom de la fille figure dans l'*intentio* de la formule.

Les père et mère ont droit au respect et à la déférence de la part de leurs enfants. Aux termes d'un édit antérieur à Cicéron, ils ne peuvent être cités en justice sans la permission du magistrat (1). Le père ou la mère et les enfants ne peuvent exercer l'un contre l'autre des actions infamantes (2), même par *procuratio*, ni des actions criminelles (3), ni témoigner en justice l'un contre l'autre (4).

La jurisprudence et la loi suppléent à l'indépendance absolue que laisse subsister entre époux le mariage *sine manu*.

A l'époque de Cicéron, Servius refuse aux enfants *vulgo quæsit*i le droit de citer leur père en justice, sans la permission du préteur (5), et plus tard Labéon donne la même décision pour les enfants nés pendant la servitude de leurs parents (6).

Le droit classique reconnaît au fils de famille une certaine capacité juridique. Dans la même mesure, l'accès des tribunaux lui est ouvert.

Il peut s'obliger par contrat et ester en justice comme défendeur. On lui permet d'agir comme demandeur, bien qu'il n'ait pas de droit propre, en vertu d'un mandat présumé ; en matière de délits commis à son préjudice, on lui

(1) SERV. ap. ULP. *Dig.* 2.4.4.3.

(2) ULP. 10 ad ed. *Dig.* 37.15.5.1.

(3) JULIEN, 14 ad ed. *Dig.* 37.15.2. pr.

(4) *Dig.* 48.2.11.1.

(5) *Dig.* 2.4.4.3.

(6) *Dig. eod. loco.*

accorde une action utile, sil y a urgence et que le père n'est pas en état d'agir lui-même, par dérogation à la règle : *filius familias suo nomine nullam actionem habet* (1).

Suo nomine, la jurisprudence lui accorde la plainte d'inofficiosité, l'accusation d'adultère contre sa femme, malgré la volonté de son père (2) et, à titre subsidiaire, en cas d'absence ou d'empêchement du père, l'action d'injures, l'*interdit quod vi aut clam* (3), les actions de dépôt et de commodat (4).

Enfin, la voie de la *cognitio extra ordinem* permet aux enfants de soumettre au magistrat des litiges que la loi et l'édit n'autorisent pas à soumettre au préteur : demande d'aliments (l'obligation est d'ailleurs réciproque) ; demande d'émancipation ; plaintes contre les abus de la puissance paternelle.

De même que la *patria potestas*, la puissance du maître sur ses esclaves est soumise au contrôle du magistrat. Sous l'influence de la philosophie stoïcienne, une certaine personnalité juridique est reconnue à l'esclave et la loi vient corriger les abus barbares qui ne sont plus réfrénés par la religion et les mœurs. A partir de Néron au moins, l'esclave a le droit de porter des plaintes contre son maître devant le préfet de la Ville ou le gouverneur de la province (5). Accusé d'un crime, l'esclave est justiciable du préfet de la Ville et jouit, depuis un sénatus-consulte de l'an 20, des mêmes garanties de procédure que tout ci-

(1) PAUL, 9 ad Sab. *Dig.* 44.7.7.

(2) HADRIEN, *Dig.* 48.5.6.2.

(3) LAB. ap. ULP. 71 ad Ed. *Dig.* 43.24.13, L.

(4) JUL. ap. PAUL. *Dig.* 44.7.9.

(5) CICÉRON, *Pro domo*, 29.78.

toyen (1). Il peut agir contre son maître pour obtenir son affranchissement en cas de fidéicommiss ou de *redemptio suïs nummis* (2).

Les procès relatifs à la liberté suivent des règles particulières. L'esclave qui réclame sa liberté ne peut agir que par l'intermédiaire d'un *adsertor*. Le *sacramentum* est limité à 50 ans, et les *vindiciae* sont attribuées *secundum libertatem*. En cas de partage de juges, d'après la loi Junia Petronia, on doit se prononcer en faveur de la liberté. Par dérogation au droit commun, la *vindicatio in libertatem* peut être indéfiniment renouvelée. Sous l'Empire, la procédure du *sacramentum* reste applicable aux procès de liberté, qui paraissent être de la compétence du tribunal des centumvirs. Au III^e siècle, ils donnent lieu à une action préjudicielle, ou à une procédure *extra ordinem* devant le préteur de *liberalibus causis*.

L'individu *in mancipio* est admis à intenter l'action d'injures, en cas d'abus de pouvoir de son maître et peut vraisemblablement invoquer l'édit qui prescrit au créancier de nourrir le *judicatus*.

La déférence et la gratitude dues au patron limitent la liberté de l'affranchi d'agir en justice contre lui. L'édit du préteur lui interdit de citer son patron, ses enfants sans l'autorisation du magistrat. Cette interdiction a pour sanction une action *in factum* tendant à une peine de 10.000 sesterces (3). L'affranchi ne peut non plus exercer contre son patron une action infamante, ou lui reprocher en justice

(1) GAIUS, 1.140.

(2) LAB. ap. ULP. 58 ad ed., *Dig.* 50.16.4.3.

(3) GAIUS, 4.46.

des faits de nature à porter atteinte à sa réputation (dol, violence, fraude, chicane) (1). Il ne peut faire condamner son patron que dans la mesure de ses facultés (2). Les fils d'affranchis ne peuvent citer en justice le patron de leur père sans l'autorisation du magistrat.

Les procès de libertinité sont jugés par des récupérateurs, sous forme de *praejudicium*. Ils peuvent être intentés par un tiers dans l'intérêt de l'affranchi (3).

Enfin le préteur, dès la fin du VII^e siècle, refuse à certaines personnes, considérées comme infâmes par l'opinion publique, mais non par la loi, le droit de plaider pour autrui (*postulare pro alio*), sauf pour un parent, un allié ou un patron, et de constituer un *procurator* ou un *cognitor* ou d'en remplir les fonctions. D'autres sont déclarées infâmes par des lois diverses du VII^e siècle, de César et d'Auguste, et sont exclues du Sénat, des listes de jurés, et inéligibles aux magistratures.

Section III. — INÉGALITÉS RÉSULTANT DE LA NÉCESSITÉ DU VINDEX ET DU SACRAMENTUM

Les parties pourraient se trouver en fait dans des conditions de lutte inégales en raison de leur situation matérielle. Mais sur ce point, des améliorations heureuses apportées à la pratique des actions de la loi ont facilité le libre et égal accès de tous les plaideurs devant le tribunal du préteur et maintenu leur égalité de fait au cours

(1) JULIEN, *Dig.* 37.15.2. pr.

(2) JULIEN, *Dig.* 37.15.2.1.

(3) ULP. *Dig.* 40.12.3.3.

du procès. La procédure de l'interdit permet d'instituer un débat au possessoire et d'attribuer la possession intérimaire de la chose litigieuse, dans le procès en revendication, d'après l'état de fait constaté. Auparavant, celui des plaideurs qui était plus fortuné, qui avait plus de crédit ou d'amis, trouvait plus aisément des *prædes* pour se faire attribuer les *vindicciæ*.

Dans la procédure de la *manus injectio*, le saisi ne peut, à l'origine, contester lui-même la légitimité de l'action du créancier, car la *manus injectio* lui enlève le droit d'ester en justice. Il faut qu'il trouve un tiers, le *vindex*, qui prenne faite et cause pour lui. C'est une condition très rigoureuse, car le *vindex* ne peut arrêter l'action du créancier qu'en le désintéressant, ou en contestant le bien fondé de la *manus injectio* ; s'il la conteste à tort, il encourt la peine du double. D'autre part, d'après les XII Tables, si le saisi est un *assiduus*, le *vindex* doit l'être aussi.

Ainsi, faute de trouver un garant qui consente à payer ou à encourir une aussi lourde responsabilité, le saisi est, adjugé au créancier, conduit dans sa prison privée, et assujetti à la terrible condition du débiteur insolvable. Et il en est ainsi lorsqu'il résiste non seulement à l'exécution d'un jugement, mais même à une *manus injectio* pratiquée en vertu d'un *nexum* ou d'un *legs per damnationem*, invoqué par un créancier ou un légataire prétendu, qui n'a peut-être aucun droit. N'est-il pas ainsi mis à la disposition du premier venu ?

Mais en fait, il ne devait guère être difficile de trouver un *vindex* à un citoyen honorable et dont la cause paraissait juste. C'était un devoir d'honneur pour les membres

d'une *gens* de se donner mutuellement secours et assistance. Quant aux prolétaires, les XII Tables leur permettaient d'avoir pour *vindex* un citoyen quelconque, et il existait des associations de tribus entre les plébéiens. Celui qui cite en justice un parent ou un patron doit, sous peine d'amende, accepter un *vindex* quelconque.

La loi Poetelia Papiria de 423 atténua la rigueur de ce système, en abolissant la mise à mort et la vente *trans Tiberim* du débiteur insolvable, et en supprimant le droit du créancier en vertu d'un *nexum* de procéder directement à la *manus injectio*, sans jugement préalable. La nécessité de prendre jugement dans tous les cas, pour recourir à la *manus injectio*, réduisit les inconvénients du *vindex*, en les limitant au cas de violence à une décision judiciaire.

Enfin, à partir de la seconde moitié du VI^e siècle de Rome, des lois diverses sanctionnent de nouveaux droits par une *manus injectio* atténuée, la *manus injectio pura*, où le débiteur peut défendre lui-même, et n'a plus besoin de fournir un *vindex* (loi Furia testamentaria, loi Marcia, loi Aquilia). A la fin du VI^e, ou au début du VII^e siècle, la loi Vallia généralise cette simplification de la procédure, et transforme toutes les *manus injectiones* en *manus injectiones puræ*, sauf deux. Désormais, le défendeur à la *manus injectio* n'a plus besoin de trouver un *vindex*. Il peut *sibi manum depellere et pro se lege agere* (1).

La procédure du *sacramentum* met, elle aussi, en état d'infériorité le plaideur peu fortuné. A l'origine, le *sacra-*

(1) GAIUS, 4,25.

mentum a probablement consisté en un double serment. Puis, c'est un pari entre les parties d'une somme forfaitaire, de 500 as ou de 50 as, suivant que l'objet du litige dépasse ou non 1.000 as. C'était une somme importante, correspondant, d'après la loi Aternia Tarpeia, à cinq bœufs pour 500 as, à 5 brebis pour 50 as. Il fallait être riche pour avancer une pareille somme et les plaideurs de condition modeste risquaient, faute de se la procurer, ou de ne pouvoir engager la procédure du *sacramentum*, ou de ne pouvoir y défendre, et de voir leur droit rester sans sanction. Le *sacramentum* était déposé, peut-être, à l'origine, dans la demeure du grand pontife et affecté à l'entretien du culte, puis au trésor public. Le *sacramentum justum* était restitué au gagnant ; le perdant perdait son *sacramentum* déclaré *injustum* : c'était une véritable peine importante, qui s'ajoutait à la perte du procès.

La loi des XII Tables, par faveur pour la liberté, limitait à 50 as le *sacramentum* à déposer dans les procès relatifs à la liberté. Puis, pour éviter au plaideur de faire l'avance du *sacramentum*, on se contenta d'une promesse faite au prêteur, sans garantie de cautions, de verser au Trésor la somme fixée, qui était ensuite recouvrée sur le perdant par les *triumviri capitales*.

Pour éviter les complications et les dépenses du *sacramentum in rem*, les patriciens suggérèrent aux plaideurs de se mettre d'accord sur un moyen simplifié. Le possesseur promettait à l'autre partie, par une *sponsio præjudicialis*, une somme insignifiante (25 sesterces), pour le cas où cette dernière serait propriétaire et s'engageait en même temps avec cautions à lui restituer la chose et les fruits

(*satisfactio pro praede litis et vindictiarum*). Grâce à la première promesse, le procès pouvait s'engager par la *legis actio in personam* sur la créance minime résultant de la *sponsio*. Au lieu d'avoir à déposer ou à promettre un *sacramentum* de 500 as pour un litige important, les parties réduisaient le *sacramentum* à 50 as.

Dans une autre opinion (1), la procédure *per sponsionem* en matière réelle n'est pas antérieure au système formulaire. Mais la procédure du *sacramentum* a reçu une modification qui aboutit au même résultat, au point de vue de l'égalité des plaideurs. Au lieu de promettre au prêteur de verser au trésor 50 ou 500 as, les parties stipulent l'une de l'autre une somme minime, qui est attribuée au gagnant et fixée, par une loi Creperia de date inconnue, à 125 sesterces.

Avec l'introduction de la procédure *per condictionem*, pour les dettes de sommes d'argent (loi Silia), puis pour les dettes *d'incertum* (loi Calpurnia), l'inconvénient du *sacramentum* disparaît. La procédure commence au moment où se terminait la *legis actio per sacramentum*. Les parties n'ont pas à consigner ni à promettre une somme d'argent. Le créancier propose à son débiteur de prendre un juge. C'est seulement si le débiteur l'exige que les parties ont à se promettre mutuellement un tiers de la valeur du litige en cas de perte du procès (*sponsio tertiæ partis*).

(1) Cuv, *Institutions juridiques des Romains*, II, 254, note 3.

Section IV. — L'ORGANISATION JUDICIAIRE EN ITALIE ET DANS
LES PROVINCES

Ces principes d'organisation judiciaire ne se sont pas modifiés à l'égard des citoyens sous la République, lorsque l'extension de la domination romaine a nécessité la création de magistrats pour rendre la justice en Italie ou pour administrer les provinces. En Italie, les citoyens complets des colonies et les citoyens sans suffrage ou complets des municipes sont justiciables exclusivement des magistrats de Rome, parce qu'ils appartiennent uniquement à la cité romaine. Pour éviter aux citoyens des cités éloignées de venir plaider leurs procès civils à Rome, des lois successives, au V^e et dans la première moitié du VI^e siècle, ont seulement prescrit au préteur, juge de droit commun, d'envoyer dans les cités des *præfecti jure dicundo*, nommés par lui, ou dans la Campanie, à partir de 691, élus par le peuple de Rome, pour un an. Ils administrent la justice civile, en tenant des assises dans les principales villes de leur circonscription, sans doute suivant la procédure des *legis actiones*, et renvoient le prononcé de la sentence à des jurés pris, à Capoue, tout au moins, dans le Sénat local (1).

Le préteur de Rome demeure peut-être compétent au cas d'accord des parties, ou pour les affaires les plus importantes. Le préfet a peut-être le droit de contraindre le défendeur à promettre, par le *vadimonium* de place à place, de comparaître devant les magistrats de Rome.

Après la guerre sociale, quand le droit de cité est confé-

(1) TITE LIVE, 2.3.4.3.

ré à toute l'Italie, les préfets disparaissent à peu près complètement, remplacés par les magistrats municipaux pour les affaires de moindre importance, jusqu'à 15.000 sesterces, d'après la loi Rubria (1). Les procès de liberté et les actions infamantes sont de la compétence du préteur.

Sous Hadrien, la juridiction des préteurs sur l'Italie est restreinte par la création de quatre *consulares iudices per omnem Italiam*, supprimés par Antonin et rétablis par Marc Aurèle et Verus, sous le nom de *juridici*, pris dans l'ordre prétorien. Leur compétence paraît être assez réduite.

Hors d'Italie, le principe de la plénitude des pouvoirs, éclipsé à Rome par l'existence d'un magistrat judiciaire, reprend son empire. La *jurisdictio* fait partie de l'*imperium* des magistrats. On a des exemples de généraux siégeant *in jure*, sur le tribunal du camp, fixant le jour et le lieu des *vadimonia*, instituant des jurys de récupérateurs, rendant la justice en territoire conquis, entre citoyens, alliés ou pérégrins (2). La présence de récupérateurs, choisis parmi les sénateurs, ou tout au moins parmi les citoyens romains exclusivement, prouve même l'extension à ces cas de la règle ordinaire, la division de l'instance en deux phases. La procédure est sans doute celle du droit commun. Mais les plaideurs n'ont plus ici les garanties de la spécialisation du magistrat judiciaire, ni de l'intercession.

Le gouverneur de province n'est pas non plus un magistrat judiciaire spécialisé ; il réunit même sur sa tête la compétence sur les citoyens et sur les pérégrins. Mais tous

(1) Chap. 21.

(2) Cf. GIRARD, *op. cit.* p. 312, note 5, et p. 320, note 1.

les préteurs sont élus par le peuple, en même temps, et reçoivent leur affectation par tirage au sort. Observons que cette élection simultanée de préteurs spécialisés dans la juridiction et de préteurs à pouvoirs généraux, dont l'affectation sera postérieure, rend à l'élection de tous ces magistrats le caractère politique que la spécialisation avait enlevée à celle des deux préteurs judiciaires.

Dans la province de Sicile, avant la fin de la République, la juridiction présente certaines particularités, dignes de retenir notre attention. Les procès entre Siciliens de la même ville sont réservés à des tribunaux locaux, et le gouverneur doit renvoyer le procès de son ressort à des jurés siciliens, quand le défendeur est sicilien et le demandeur romain.

Dans l'ensemble des provinces, le gouverneur exerce la juridiction civile en personne ou par représentant, en suivant sans doute la procédure de l'*ordo*, avec la distinction fondamentale du *jus* et du *judicium*.

Section V. — LA CONDITION DES NON CITOYENS DEVANT LA JUSTICE

Dans les développements qui précèdent, nous avons étudié par quels procédés et dans quelle mesure l'organisation judiciaire romaine assure l'égalité des justiciables mais ces règles, comme toutes celles du *jus civile*, ne sont faites que pour les citoyens romains. Il nous faut maintenant rechercher si, dans le domaine de la justice, les étrangers jouissent à Rome d'une même égalité.

Dans le principe des civilisations primitives, la cité ne

connaît que ses membres, et tout individu qui ne fait pas partie de la communauté est sans droit. Un citoyen pourrait s'emparer de la personne ou des biens d'un étranger réfugié ou installé sur le territoire de Rome, le réduire en esclavage, le mettre à mort, sans avoir besoin même de recourir aux formes légales de la justice publique ou privée. A plus forte raison, l'étranger, qui est sans droit, ne peut utiliser ces formes. A son égard, il n'y a pas de justice, parce qu'il n'y a pas de droit.

Mais ce concept primitif reste en fait, sauf pendant les périodes de guerre, inappliqué. Un individu soucieux de sa sécurité ne reste pas dans l'état d'isolement ; il se place sous la protection d'un citoyen, dont il devient l'hôte ou le client. Il lui appartient corps et biens, et le citoyen qui est son hôte ou son patron conduit les procès qui le concernent, comme le chef de famille ceux de son fils ou de son esclave, comme peut-être, à l'origine, le chef d'une *gens*, ceux des plébéiens qui se sont mis sous sa clientèle.

Il restait en Italie de nombreuses cités qui, soumises civilement et militairement à l'autorité romaine, n'étaient pas des cités de citoyens, notamment les cités latines et les anciennes colonies helléniques de l'Italie méridionale. Normalement, ces localités non romaines ont une organisation judiciaire propre et leurs habitants ne sont pas jugés par les tribunaux de Rome, mais par leurs tribunaux nationaux. Les institutions des cités latines sont d'ailleurs très voisines de celles de Rome, étant donné la communauté d'origine. On y rencontre deux magistrats analogues aux consuls, investis de la juridiction civile. L'emploi par les Latins des deux principales *legis actiones* est attesté par

l'inscription de Luceria, pour la *manus injectio*, et par la loi de Salpensa, pour l'affranchissement par la vindicte (1).

Dans les villes grecques de l'Italie méridionale, d'une civilisation plus avancée, et entrées comme alliées de Rome dans la fédération italique, sur des bases plus libérales, les institutions sont plus originales. Le *meddix* ou les deux *meddix* exercent pendant un an l'ensemble des fonctions publiques. A Capoue, les procès sont renvoyés à des jurés membres d'un sénat local (2). Dans la loi de Bantia, le *meddix*, appelé aussi *prætor*, joue les rôles de consul et de préteur ; il rend la justice par voie de *legis actio* (3).

D'autre part, le rétablissement des relations pacifiques, à la suite d'une guerre, ou le maintien des relations économiques entre deux peuples, commandent de fixer par des traités le mode de règlement des litiges issus de la guerre, ou des conflits privés qui s'élèveront dans l'avenir dans le commerce ou la vie juridique des membres des deux cités. La *reciperatio* prévoit à la fois les deux hypothèses, et a dû viser d'abord la première. Il y a *reciperatio*, dit Festus, lorsque, entre le peuple romain et des royaumes ou des cités libres, est conclu un traité déterminant le mode suivant lequel les citoyens des Etats contractants se feront rendre et recouvrer, par le moyen des récupérateurs, ce qui leur appartient, feront respecter leurs intérêts privés. Les habitants des cités fédérées peuvent ainsi ester en justice à Rome, et réciproquement, un citoyen romain peut ester sur

(1) GIRARD, *op. cit.*, p. 444. Cf. pour l'Etrurie, GIRARD, *op. cit.*, p. 282 et suiv.

(2) TITE-LIVE, 23.4.2.3.

(3) Loi de Bantia, GIRARD, *Textes de droit romain*, p. 23-26.

le territoire de la cité fédérée. D'après le traité d'alliance avec la Ligue latine, vers 261, les récupérateurs romains sont compétents pour les marchés conclus sur le territoire romain. Les marchés passés sur le territoire étranger sont jugés par des récupérateurs étrangers. Il est probable que dès l'origine de l'institution, les récupérateurs ont joué un rôle analogue à celui des jurés et que l'instance se divise en deux phases, l'organisation de l'instance *in jure* étant confiée au titulaire normal de la juridiction à Rome, les consuls, puis, depuis les lois Liciniennes, le préteur.

A partir de l'année 512, le préteur est déchargé de la juridiction des étrangers. Par suite de l'accroissement de la population pérégrine, un second préteur est créé, pour organiser les procès entre pérégrins, on l'appelle le préteur pérégrin ; l'autre préteur prenant le nom de préteur urbain.

Le préteur urbain reste compétent pour les procès entre citoyens romains, et probablement pour ceux où l'une des parties, ou les deux, sont des Latins, car la situation des Latins est plus voisine de celle des citoyens que de celle des pérégrins. Les jurisconsultes les distinguent soigneusement de ces derniers et la désignation du *prætor* qui « *inter peregrinos jus dicit* » ne les englobe pas. Par contre, le préteur urbain ne connaît pas des procès mixtes entre citoyens et pérégrins. Ils sont du ressort du préteur pérégrin, comme ceux qui intéressent uniquement des pérégrins. Une des lois *Julix judiciarix* permet même aux plaideurs citoyens de déférer leurs litiges au préteur pérégrin, par prorogation de juridiction.

Le pérégrin trouve donc toujours des juges à Rome, et,

à cet égard, les institutions romaines sont plus libérales que la jurisprudence française d'aujourd'hui, signalée dans notre Introduction, qui refuse, en principe, tout au moins, l'accès des tribunaux français aux étrangers. Ils sont dans l'instance *in jure*, au point de vue de la compétence, sur la même ligne que les citoyens, jugés par les mêmes magistrats, consuls ou préteur unique.

La création du préteur pérégrin ne modifie pas sensiblement ces principes, au point de vue de l'égalité des justiciables, car c'est toujours un magistrat romain qui organise les instances relatives aux étrangers et, sauf le départ de la compétence, le préteur pérégrin est le pendant, le symétrique du préteur urbain.

Dans les provinces, la distinction des citoyens et des pérégrins s'évanouit même complètement au point de vue de la compétence. Le gouverneur a la plénitude de la juridiction sur tous ses administrés, citoyens et pérégrins. Il en est de même, sous l'Empire, pour le légat, mandataire du proconsul, et les *legati juridici*, délégués par l'empereur dans les provinces impériales.

Les deux préteurs sont élus annuellement par les comices par centuries ; ils sont les collègues et les inférieurs des consuls. Ils ont la même origine, les mêmes fonctions générales, les mêmes pouvoirs. C'est après l'élection que la compétence est répartie entre eux par le tirage au sort et parfois le Sénat, comme pendant toute la seconde guerre punique, pour avoir un préteur disponible, réunit aux mains du même préteur les deux compétences.

D'autre part, les récupérateurs sont, comme les jurés, des citoyens romains, pris probablement dans l'ordre sénat-

torial, et les parties ont sans doute la faculté d'en récuser un certain nombre.

Au point de vue de la procédure, au contraire, on relève des différences importantes entre les procès intéressant les citoyens et ceux où figurent des pérégrins, et elles sont plutôt en faveur de ces derniers, puisqu'elles tendent à leur assurer une justice à la fois plus équitable et plus prompte.

La citation ne paraît pas se faire par une *in jus vocatio*, dont les violences, en cas de résistance, seraient déplacées entre citoyens et alliés. Le demandeur signifie au défendeur de comparaître à un jour déterminé devant le magistrat. Celui-ci fixe le jour où les parties devront se présenter devant les récupérateurs. La présence des parties est jugée particulièrement indispensable. Le rendez-vous en justice avec un étranger est une cause d'excuse dans les procès entre citoyens, pour la partie, le juge ou l'arbitre, et il dispense le soldat de se rendre à l'appel ordonné par les consuls.

Suivant les traités, le nombre des témoins est limité à dix ou vingt. A la différence de la procédure romaine, ils sont tenus de déposer, sans doute à cause de la difficulté qu'éprouvait le pérégrin à trouver des témoins disposés à déposer en sa faveur.

Enfin les récupérateurs doivent rendre leur sentence dans un délai maximum de dix jours, autre disposition favorable aux pérégrins.

In jure, la procédure apparaît moins rigide que dans les instances entre citoyens, plus dépendante du pouvoir discrétionnaire du magistrat et, par contre-coup, du Sénat. En 583 et 584, on voit des sujets espagnols ou grecs solliciter

l'appui du Sénat pour plaider contre des Romains de haut rang, au lieu de saisir directement le préteur pérégrin, et, dans le premier procès, le Sénat renvoie l'affaire à un préteur déterminé, au lieu du préteur pérégrin, juge de droit commun.

C'est, en effet, un point douteux que la procédure dans les instances relatives aux pérégrins. S'il est vraisemblable d'admettre la division des instances entre le magistrat romain, consul, préteur unique, puis préteur pérégrin, gouverneur de province, et le jury de récupérateurs, ou, peut-être aussi, un *judex unus*, il est difficile de décider si et dans quelle mesure la *legis actio* était admise dans ces procès. La loi Calpurnia de 605 et la loi Junia, un peu plus récente, permettent aux pérégrins d'agir contre les magistrats concussionnaires, en répétition de ce qu'ils leur ont donné, par la procédure de la *legis actio sacramenti*. Le traité de 448 accorde aux Carthaginois l'identité de droits avec les Romains. Cela semble impliquer non seulement la jouissance et l'exercice des droits, mais la possibilité d'en poursuivre en justice la réalisation par les mêmes moyens.

Il convient de s'en tenir à une opinion intermédiaire : la *legis actio* a été accessible à certaines catégories de procès, en vertu de lois ou de traités. Peut-être même le Sénat pouvait-il la permettre pour des affaires isolées. Mais cette procédure n'était pas ouverte d'une manière absolue à tous les non citoyens pour tous les procès, car elle est écartée par un passage d'un plaidoyer de Cicéron (1).

(1) CICÉRON, *Pro Caecina*, 33,97.

Dans le cas où les pérégrins peuvent l'utiliser, on ignore comment, l'instance était organisée devant le préteur ou le gouverneur, qui demeure incontestablement compétent. Sans doute n'y avait-il ni paroles et gestes rituels, ni dépôt d'une somme d'argent. Le magistrat devait donner aux récupérateurs des instructions orales ou écrites, et l'on a conjecturé que les instructions écrites du préteur pérégrin, ou celles du gouverneur de province, dont on a retrouvé des traces en Sicile, seraient l'origine de la procédure formulaire, étendue ensuite à tous les procès, même entre citoyens.

L'exclusion du formalisme de la *legis actio* avait alors pour conséquence de conférer au préteur pérégrin ou au gouverneur de province la liberté d'appréciation que le formalisme de la *legis actio* refusait au préteur urbain. Les plaideurs pérégrins trouvaient auprès de lui une justice discrétionnaire, susceptible d'être plus arbitraire, mais aussi capable de tenir compte des besoins de la pratique et de l'équité, en un mot, dotée des mérites et des défauts de la procédure formulaire qui, depuis les lois *Æbutia* et *Julia*, devient en tout cas la procédure commune à toutes les instances entre citoyens, comme entre pérégrins, devant toutes les juridictions.

CHAPITRE IV

L'égalité des justiciables dans la procédure

Dans les chapitres précédents, nous avons vu s'affirmer, avec l'égalité politique et civile, l'égalité des patriciens et des plébéiens devant la justice, et nous avons précisé dans quelle mesure les principes de l'organisation judiciaire et de la compétence assurent aux justiciables l'égalité juridique. Quant aux non citoyens, si leurs affaires sont soumises à un magistrat spécial, ils trouvent pour les juger un collègue du préteur urbain, recruté suivant les mêmes règles, et le départ de compétence entre eux n'est qu'une forme de la division du travail.

Il nous faut examiner maintenant si cette égalité juridique, une fois le procès engagé devant le magistrat, va se maintenir et si, au cours de l'instance, les plaideurs vont trouver dans les règles de la procédure les mêmes garanties.

Tandis que nous avons pu embrasser dans une vue d'ensemble l'évolution de l'organisation judiciaire de l'*ordo*, il est indispensable d'étudier distinctement deux systèmes successifs de procédure, parce qu'ils tendent à assurer par des méthodes très différentes l'égalité des plaideurs, l'un en enfermant la liberté du magistrat dans d'étroites

limites légales, l'autre en laissant beaucoup plus de part à l'appréciation individuelle de l'équité.

Section I. — LA PROCÉDURE DES ACTIONS DE LA LOI

Sous le système des actions de la loi, le formalisme, qui en est l'esprit même, limite étroitement les pouvoirs du magistrat chargé d'organiser l'instance et du juré chargé de rendre la sentence. La technique de cette procédure donne aux règles du droit qu'ils doivent appliquer, comme aux faits dont le juge a à tenir compte, une précision qui ne permet aucune divergence dans leur appréciation. Le droit et la procédure n'admettent que des actes déterminés et simples et, à cet égard, le droit prête à l'autorité judiciaire son appui, pour limiter sa liberté d'action et assurer aux plaideurs une égale application du droit, une égale appréciation des faits.

§ 1^{er}. — *Le rôle du magistrat.*

Le formalisme subordonne l'expression de la volonté, comme la réalisation du droit, à l'emploi de gestes symboliques, de formules sacramentelles, solennités accomplies devant témoins. L'*in jus vocatio*, la *manus injectio*, la *legis actio sacramenti* consistent en un rituel précis, où les rôles sont d'avance assignés au magistrat, aux parties, aux témoins.

Par là même, l'activité du magistrat est étroitement limitée. Il ne joue même pas le premier rôle dans la procédure. Son action, commandée par la loi et par l'action des parties, est en quelque sorte purement mécanique. C'est

une sorte d'automate que Cicéron, à la fin de la République, tournera en dérision (1). Mais, précisément, la procédure ainsi réduite à être une machine juridique, en supprimant la liberté du magistrat, supprime en même temps l'influence de l'appréciation individuelle, l'arbitraire ou la partialité. Elle a le mérite d'être un instrument d'une sûreté, d'une uniformité infailible, qui neutralise les influences illégitimes, et maintient une parfaite égalité entre les justiciables.

Les actions de la loi sont ainsi appelées, dit Gaius (4,11) d'après les uns, parce qu'elles sont données par la loi, d'après les autres, parce que la loi détermine leurs formes.

Le magistrat ne peut donc, ni donner à un plaideur une action que la loi ne lui donne pas, ni refuser à un plaideur une action que lui donne la loi. Dans le système romain, la procédure et le fond du droit sont intimement liés. C'est par la création d'une action qu'un droit obtient sa reconnaissance légale ou, plus tard, prétorienne. Sous la procédure des actions de la loi, c'est la loi seule qui donne les actions, c'est-à-dire qui institue les droits. L'impossibilité pour le magistrat de donner une action dans le silence de la loi, résulte de l'une et de l'autre explication du terme *legis actio*. Dans la première, les *legis actiones* sont accordées par la loi, et les édits des préteurs, qui ont introduit de nombreuses actions, n'étaient pas encore en usage ; dans la seconde, l'action ne peut être intentée qu'à condition de reproduire littéralement les termes de la loi ; on ne pourrait exercer une action dont la loi n'aurait pas arrêté les ter-

(1) CICÉRON, *Pro Murena*, 12,26.

mes. Inversement, le magistrat ne peut pas refuser une action dans les cas où la loi l'accorde, car les actions viennent de la loi, et non de lui.

Certains auteurs modernes refusent aux consuls, avant les lois Liciniennes, d'accorder ou de dénier la *legis actio* à l'encontre de la loi, mais ils prétendent que le préteur aurait pu le faire avant la loi Aebutia (1). Il n'y a aucune raison de distinguer, les mots *legis actiones* étant les mêmes. Il n'y a aucun exemple probant d'un tel pouvoir. Au contraire, l'inexistence d'un pouvoir discrétionnaire du préteur est démontrée par le mécanisme compliqué des lois Furiae et Marcia, qui prévoient une action en restitution, dans des cas où elle eût été bien inutile, si le préteur avait pu refuser l'action dont ces lois ont pour objet de détruire l'effet (2).

C'est seulement sous la pression d'influences extérieures que le préteur a pu être amené à accorder ou refuser la *legis actio* hors des termes de la loi, soit par l'intercession légale des tribuns de la plèbe, soit même par des interventions extralégales du Sénat. En 581, en vue de déjouer l'emploi des Latins comme prête-noms pour des prêts usuraires, le Sénat incite le préteur à donner au débiteur citoyen contre le préteur latin une action en répétition, que la loi lui accordait seulement contre le préteur citoyen (3). Mais la même année, la loi Sempronia étendit aux alliés et aux latins les lois romaines sur l'usure. En

(1) WLASSAK, *Römische Processgesetze*, II, p. 303 et suiv.; ESMEIN, *Nouvelle Revue Historique de Droit*, 1893, p. 165 et suiv.

(2) GIRARD, *op. cit.* p. 197.

(3) TITE LIVE, 35,7.

577, le Sénat prescrit bien au préteur de *denegare legis actionem*, en obligeant les auteurs d'affranchissements à jurer que l'affranchissement n'a pas lieu pour masquer un changement de cité et en décidant qu'au cas contraire, l'affranchissement ne pourra pas avoir lieu (1).

De cette action exceptionnelle du Sénat, on peut rapprocher le *justitium*, ou suspension générale de l'activité judiciaire, corollaire du droit de prohibition, prononcé par les magistrats supérieurs ou par le Sénat. Tite Live en cite une dizaine de cas, notamment celui de 568, fixé d'avance à trente jours, et décidé à la suite des obstacles apportés à la bonne administration de la justice par la découverte de la conspiration des Bacchanales. Malgré sa portée générale, cette mesure était susceptible de rompre l'égalité des plaideurs, par le jeu des règles strictes des *legis actiones*. Par exemple, si la comparution du défendeur *in jure*, à un jour dit, a été garantie par des *vades*, sa non-comparution engage sa responsabilité envers eux. Le demandeur, dont le droit a été éteint par la *legis actio*, perd son action en ne venant pas devant le magistrat le jour convenu pour la nomination du juge. Enfin la non-comparution sans excuse au jour convenu devant le juge entraîne la perte du procès.

Grâce au formalisme des actes juridiques, le magistrat, qui doit se conformer à la loi dans la délivrance des actions, sait quand il doit les donner. Car la loi de la concordance des formes institue une correspondance entre l'établissement du droit par l'acte juridique et son exercice en

(1) TITE LIVE, 41,9.

justice. L'appréhension de la chose et la formule : *aiō rem meam esse* se retrouvent à la fois dans la mancipation et dans la revendication. Il en est ainsi de l'action confessoire et de l'action négatoire (1).

Le formalisme des actes juridiques facilitait aussi la tâche et garantissait l'impartialité du magistrat d'une autre manière. Les solennités, la publicité résultant de la présence de témoins, certifiaient la conclusion de l'acte, le distinguaient d'un simple projet, mettaient son existence à l'abri de toute discussion. Elles précisaient sa nature et son contenu. Sans recherches délicates, la conviction du magistrat se faisait automatiquement. Il savait que le débiteur s'était engagé par *nexum*, et il pouvait valider la *manus injectio* ; il savait que la mancipation avait eu lieu, et il pouvait délivrer la *legis actio per sacramentum*.

La même correspondance existait entre la formule des actions de la loi et les termes de la loi. Toute *legis actio* citait la loi qu'elle voulait appliquer, par sa forme et sa substance. Le nombre des *legis actiones* correspondait exactement aux divers articles des lois accordant des droits distincts, puisqu'il n'y avait pas de *legis actio* sans loi (2). Les cinq *legis actiones* n'étaient que des types, des cadres, qu'on ne pouvait utiliser qu'en vertu d'une loi qui en conférait l'exercice.

Le magistrat, qui doit accorder ou refuser la *legis actio* en se conformant à la loi, ne peut organiser l'instance que dans les formes légales, notamment en présence des par-

(1) IHERING, *Esprit du droit romain*, III, p. 321.

(2) IHERING, *op. cit.* III, p. 330.

ties ; il ne peut autoriser de procès par défaut, ni des procès par représentation, en dehors de quelques exceptions (actions *pro populo, pro libertate, pro tutela, causa liberalis*).

Le formalisme enserre si étroitement la liberté d'action du magistrat, que l'organisation de l'instance dépend plus de l'attitude des parties, des conséquences que la loi y attache, que de son appréciation personnelle. C'est au demandeur à prononcer exactement les paroles sacramentelles, à faire correctement les gestes prévus par le rituel. C'est au défendeur d'opposer au demandeur des paroles et des gestes symétriques, c'est-à-dire de *defendere uti oportet*. Il peut adhérer à l'allégation du demandeur (*confessio in jure*), ou ne pas la contredire. L'attitude des parties fixe mécaniquement le rôle du magistrat. Si le demandeur et le défendeur ont suivi fidèlement le rituel, l'instance est organisée, quand même le bon droit du demandeur apparaîtrait évident au magistrat. Si le défendeur est *indefensus* ou *confessus*, le but est atteint sans jugement, quand même le magistrat serait convaincu de l'absence de droit du demandeur. Si celui-ci s'est trompé d'un mot ou d'un geste, il perd son droit, car la *legis actio* mal faite ne produit pas son effet, et elle ne peut être recommencée, en vertu de la règle : *bis de eadem re ne sit actio*.

Le magistrat n'a même pas le pouvoir d'assurer la comparution des parties devant lui, en vue de la célébration de la *legis actio*. C'est l'affaire du demandeur de faire venir le défendeur par l'*in jus vocatio*, de vaincre sa résistance et d'obtenir, par sa seule pression, la prestation du *vadimo-*

nium (1), qui assurera la comparution ultérieure du défendeur. La résistance de celui-ci peut donc, nous l'avons vu, faire obstacle à la liaison du procès.

La liberté d'action du magistrat se rapporte seulement à quelques mesures provisoires, telles que l'attribution sans caution de la possession intérimaire de la chose litigieuse (*vindiciae*), laissée à son appréciation, sauf dans les procès de liberté.

Toutefois, dès avant l'introduction de la procédure formulaire, le préteur a tiré de son *imperium*, en vue de mieux assurer la bonne administration de la justice, certains moyens qui en améliorent le fonctionnement, sans d'ailleurs modifier le mécanisme des *legis actiones*, et se lieent même pour partie au rôle qui lui est assigné dans cette procédure.

Par les interdits prohibitifs (*utrubi, uti possidetis*) et restitutoires (*unde vi*, de *precario*, de *clandestina possessione*), il prescrit de ne pas troubler par la force un état de choses existant, ou de restituer une chose. Ces interdits se rattachent à l'ordre de cesser la violence dans le *sacramentum in rem*, et à l'attribution arbitraire des *vindiciae*, et ils permettent de régler la possession intérimaire de la chose. Mais ils ne vont pas à l'encontre du système de la *legis actio*, car ils n'en écartent pas l'exercice ultérieur, qui peut anéantir leur effet.

L'attribution de la possession intérimaire à l'une des parties n'a d'ailleurs pas, sous les actions de la loi, l'effet important qu'elle déclenchera sous la procédure formulai-

(1) Cf. sur le *vadimonium* FLINIAUX, *Le Vadimonium*, thèse, Paris, 1908.

re, de rompre l'égalité des adversaires, en attribuant à l'un d'eux le rôle de défendeur. Les deux parties jouent, en effet, des rôles absolument symétriques, affirment des prétentions identiques et contradictoires et sont, en somme, à la fois demanderesses et défenderesses.

De même, dès l'époque des actions de la loi, le préteur a vraisemblablement prononcé des *missiones in possessionem*, autorisant une personne à prendre possession d'un ou de plusieurs biens, dans les limites des actions de la loi, par exemple, à titre de mesure provisoire, pour forcer à se montrer l'individu qui, en se cachant, empêche la *legis actio* de s'organiser.

Peut-être même le préteur a-t-il utilisé, dès la procédure des actions de la loi, les moyens de contrainte qu'il tire de ses pouvoirs généraux (amendes, prises de gage), pour forcer des personnes à s'engager par des contrats verbaux générateurs d'obligations civiles (stipulations prétoriennes) et sanctionner ainsi des intérêts dépourvus de la protection d'une action de la loi. Mais on n'a aucune preuve d'une telle intervention pour cette période.

Tous ces moyens restent en somme conformes au système des actions de la loi, puisqu'ils n'impliquent ni délivrance, ni refus d'action. Au contraire, les *restitutiones in integrum* aboutissent à refuser une *legis actio*, ou à délivrer une action civilement éteinte. Elles n'ont pas pu exister à l'époque des actions de la loi.

En résumé, en enfermant l'activité du magistrat dans d'étroites limites, en lui ôtant toute initiative et toute liberté d'appréciation individuelle, la procédure mécanique des actions de la loi garantit les parties contre tout arbitraire

de sa part, et maintient entre elles une stricte égalité formelle.

§ 2. — *Le pouvoir du juge.*

Tandis que le formalisme enserre étroitement l'action du magistrat *in jure*, l'instance *in judicio* comporte une entière liberté pour les parties et pour le juge. Les parties administrent librement leurs preuves. Leur comparution, comme celle des témoins (sauf ceux des actes formalistes) est purement volontaire. Le juge statue en toute liberté, d'après sa conviction, sans être tenu par un système de preuves légales, comme dans beaucoup de législations primitives. La seule règle que lui imposent les XII Tables est de donner raison à la partie présente, si l'autre partie est absente sans excuse jusqu'au milieu du jour.

Cependant la technique des actes juridiques, comme de la procédure, limite aussi le pouvoir du juge et ne laisse pas grande place à l'arbitraire d'une appréciation individuelle. L'ancien droit n'admet ni actes indéterminés, ni actes complexes. Le formalisme, nous l'avons vu, précise l'existence et la nature des actes juridiques. Quant à leur contenu, la loi n'a sanctionné pendant longtemps que les obligations de sommes d'argent, ou de choses certaines, susceptibles d'être appréciées aisément. Le juge n'avait pas à apprécier la valeur de services, de talents, ni même la valeur subjective d'une chose. La loi elle-même fixe à forfait la valeur d'un dommage : elle le calcule à raison de 2, 3 ou 4 fois le prix de la chose sur le marché. Le juge n'a pas à apprécier l'importance subjective du dommage pour l'individu lésé.

La règle de la simplicité domine l'organisation de la procédure des actions de la loi. On ne peut soumettre au juge, dans chaque instance, qu'une seule demande. C'est la conséquence de la forme de la *legis actio per sacramentum*. Le juge doit simplement décider si les *sacramenta* sont *justa* ou *injusta*. Si plusieurs demandes pouvaient être réunies, il lui serait impossible de répondre, dans le cas où le demandeur aurait raison sur un point et tort sur un autre (1).

Ce principe de l'unité de la question rend simple et précise la tâche du juge. Dans la procédure du *sacramentum*, il dit quel dépôt est *justum* ; dans la *manus injectio*, il déclare si le *vindex* est intervenu à tort ou à bon droit. Il n'a même pas à dégager les conséquences de cette sentence, ni à en assurer l'exécution.

La règle de la simplicité fait placer au moment de la *litis contestatio* l'appréciation par le juge de la prétention du demandeur. On lui évite ainsi d'examiner toutes les modifications qui ont pu se produire avant le jugement : perte de la chose, plus-value, dépréciation, accessoires, fruits, satisfaction donnée par le défendeur. Toutes ces complications sont écartées, et la tâche du juge est simplifiée. Le demandeur est mis dans la même situation que si le juge avait rendu sa sentence, aussitôt saisi de l'affaire. La règle conduit parfois à des conséquences injustes, mais le demandeur ne souffre pas des lenteurs d'une instance que la mauvaise foi du défendeur ou la partialité du juge ferait traîner en longueur.

Enfin l'appréciation du juge est aussi limitée par la

(1) IHERING, *op. cit.* IV, p. 20.

simplicité des rapports de droit. L'ancien droit n'admet pas les rapports de droit complexes. Un droit de créance ne se combine pas avec un droit réel ; les rapports de droit sont unilatéraux. On est créancier ou débiteur, pas les deux à la fois. Le propriétaire n'est pas tenu d'obligations.

Malgré toutes les garanties juridiques d'égalité et d'impartialité assurées aux plaideurs par la limitation des pouvoirs du magistrat et du juge, la procédure des actions de la loi pouvait aboutir à des résultats injustes. La fixation forfaitaire de la condamnation ne remplit pas le demandeur exactement de son droit. Portée au double, au triple, au quadruple, elle est encore moins équitable pour le défendeur. En arrêtant au jour de la *litis contestatio* l'examen de la prétention du demandeur, le juge ne tient pas compte au demandeur des accessoires, des fruits, etc. ; au défendeur, de la satisfaction donnée au créancier.

Mais surtout, cette procédure formaliste, en subordonnant la réalisation du droit à l'accomplissement de solennités, met en état d'infériorité le plaideur qui ignore les formes à suivre, les formules à employer. Il ne peut agir sans risquer de perdre son procès pour une négligence insignifiante, un mot employé à la place d'un autre. Il est à la merci d'un adversaire mieux renseigné, ou de mauvaise foi, qui, pour la moindre irrégularité, invoquera la nullité de la procédure. Or celle-ci ne pouvant être reprise une seconde fois pour la même affaire, le droit se trouve irrémédiablement perdu.

Section II. — LA PROCÉDURE FORMULAIRE

Sous la procédure formulaire, les garanties juridiques d'égalité des parties résultant de l'organisation judiciaire subsistent, puisque subsistent les mêmes principes essentiels : juridiction générale du préteur, division de l'instance en deux phases.

La procédure conserve quelques traits du système des actions de la loi. L'unité de la demande subsiste en cas de vol, où trois actions distinctes peuvent être nécessaires (action *ad exhibendum*, *condictio furtiva*, *actio furti*). Le formalisme s'affirme dans la rédaction des formules, qui reproduit les termes des actions de la loi, et qui s'impose strictement au juge et aux parties. A l'égard du juge, la formule est comme une action de la loi : elle fixe le cadre de son activité. Aussi les erreurs ou les omissions dans la formule peuvent-elles avoir de graves conséquences. L'erreur dans la *demonstratio* oblige à recommencer le procès ; dans l'*intentio* de la formule *in jus* et *certa*, la *pluspetitio* entraîne la perte du procès, car le juge doit absoudre le défendeur, si l'*intentio* n'est pas vérifiée, et la perte du droit, car il est déduit en justice.

Le droit classique, loin d'atténuer la rigueur de cette règle, l'a encore élargie. Il assimile l'erreur en plus dans la *demonstratio* à l'erreur dans l'*intentio* et il étend la *pluspetitio* à l'action de dépôt *in factum*, estimant que le demandeur a été négligent. A titre exceptionnel seulement, l'*in integrum restitutio* est accordée, ou la formule modifiée (action de *eo quod certo loco*).

L'erreur dans la *condemnatio*, *certa* ou *incerta*, fait per-

dre au demandeur son droit sur le surplus, si la *condemnatio* est trop faible. Si elle est trop forte, le juge ne peut la modérer, mais le préteur accorde au défendeur l'*in integrum restitutio*.

Les moyens non insérés dans la formule (exceptions, répliques) ne peuvent être invoqués devant le juge, lié par la formule.

Cependant ces dangers sont atténués, par la substitution aux paroles solennelles d'une formule écrite, qui peut être à la fois précise et plus souple, et par conséquent peut mieux s'adapter à la complexité croissante des relations juridiques. Elle n'est rédigée qu'après un débat contradictoire, dans lequel le préteur joue un rôle actif, ce qui diminue les chances d'erreur.

§ 1^{er}. — *Les pouvoirs du magistrat.*

Le magistrat n'est plus, en effet, l'« automate » des actions de la loi. Il est investi d'un pouvoir considérable, à peu près arbitraire. Son rôle n'est plus de délivrer des actions dans tous les cas et dans les seuls cas où la loi en prévoit. Sans porter directement atteinte à la loi, il délivre des formules qui en étendent l'application, en comblent les lacunes, en corrigent même les effets contraires à l'équité. Il utilise dans ces divers buts des procédés nombreux. Il suppose réalisée une condition d'exercice d'une action de la loi, qui fait défaut, pour sanctionner un rapport nouveau (action fictice) ; il transfère d'une personne à une autre le bénéfice ou la charge d'une obligation (formule avec transposition) ; il sanctionne par des formules

in factum des faits matériels ou juridiques ; par des actions utiles, il étend la portée d'actions *in jus* ou *in factum*. Par l'insertion d'exceptions dans la formule, il permet au défendeur de faire valoir son droit sans exercer une action séparée, sans avoir à nier simplement la prétention du demandeur, il paralyse ou atténue les conséquences rigoureuses du droit civil.

Dans son édit d'entrée en charge, le préteur annonce dans quels cas, et sous quelles conditions, il accordera ces divers moyens. Les édits des magistrats successifs, élagués des prescriptions abandonnées, accrus de nouveaux modèles de formules ou d'exceptions, forment une source importante du droit, en perpétuel mouvement.

Mais le préteur peut aussi, dans une instance *in jure*, revenir sur les promesses de son édit, ou sanctionner par un moyen nouveau une situation nouvelle.

Enfin, comme tout magistrat revêtu de l'*imperium*, le préteur délivre des interdits, des envois en possession, impose à des parties des stipulations, et, procédé nouveau qui ne date que de la procédure formulaire, prononce des *restitutiones in integrum*, dans des cas d'ailleurs limités par l'usage, à titre simplement subsidiaire, et en se réservant la décision, après débat contradictoire.

Nous sommes loin des actions de la loi et le préteur, libre de créer des droits nouveaux, ou de paralyser des droits donnés par la loi, dans son édit ou même dans une espèce, jouit d'un pouvoir qui, avec nos conceptions modernes de la séparation des pouvoirs, nous paraît presque révolutionnaire.

Cependant l'instrument dont se servait le préteur ne lui

conférait pas un pouvoir législatif, et ses réformes n'ont jamais été mises par les Romains au nombre des lois. Les procédés qu'il utilisait montrent qu'il n'avait pas le pouvoir de supprimer brutalement un droit, comme un législateur qui abroge une loi, d'en créer formellement un nouveau, comme peut le faire une loi nouvelle. Ils marquent, au contraire, le souci constant de respecter la loi, puisque c'est d'elle que part le préteur pour y opérer, non des destructions ou des additions, mais des retouches légères. La réforme du droit civil a été l'œuvre de plusieurs siècles, d'une multitude de préteurs successifs et de gouverneurs de province ; elle s'est faite au jour le jour. Il ne lui a pas manqué l'appui de l'opinion publique, dont le préteur dépendait par l'élection : le candidat indiquait dans sa profession de foi les modifications qu'il proposerait. Ces innovations n'avaient qu'une portée relative dans le temps et dans l'espace ; pour en consacrer la valeur définitive et générale, il fallait que les successeurs de leur auteur, les magistrats de provinces, eux-mêmes soutenus par l'opinion publique, les adoptent à leur tour. Le *jus honorarium* puisait sa force dans la coutume. Cicéron présente l'édit des magistrats comme une des sources principales du droit coutumier (1).

En fait, les innovations du préteur ont été presque toujours favorablement accueillies, parce qu'elles s'inspiraient de l'utilité publique et de l'équité.

A partir de l'Empire, le préteur conserve le *jus edicendi*, mais en fait, il n'a plus l'initiative des innovations : il se conforme à l'invitation du Sénat ou de la loi, par exemple,

(1) CICÉRON, *De inventione*, 2.22.67. *Cuq. op. cit.* II, p. 31

pour le sénatusconsulte Velléien. Au II^e siècle, la rédaction de l'édit perpétuel, ordonnée par Hadrien, fixe un droit dont la source était en fait à peu près tarie.

§ 2. — *Les pouvoirs du juge.*

Dans la formule, le magistrat confère au juré le pouvoir de juger, et les termes de l'écrit forment le cadre de l'activité du juge. Ses pouvoirs sont donc strictement limités. Il ne peut examiner de points et de moyens non insérés dans la formule, alors même que l'équité le commanderait. La formule, conçue sous la forme traditionnelle, impose au juge l'obligation de condamner le défendeur, si toutes les conditions précisées sont réalisées. Dès qu'une de ces conditions n'est pas intégralement remplie, il doit l'absoudre : nous avons vu les injustices auxquelles pouvait conduire l'interprétation étroite de l'*intentio* ou de la *demonstratio*.

La règle de la simplicité se manifeste encore à d'autres points de vue. Le juge ne peut que condamner ou absoudre le défendeur : il ne peut condamner le demandeur. La condamnation est toujours pécuniaire ; le rapport de droit est fixé au jour de la *litis contestatio*, et le juge n'a pas à tenir compte des événements ultérieurs qui entraîneraient le rejet de la demande, ou modifieraient la valeur de la chose.

Le juge ne tirait donc pas de la notion d'équité, comme le magistrat, un pouvoir d'appréciation illimité, et cette différence pouvait s'expliquer par le caractère opposé du magistrat et du juré, simple particulier. Cependant, la conception étroite de la mission du juge a été élargie par la

jurisprudence, qui a fait triompher l'équité, dans la procédure comme dans le droit, quoique dans une moindre mesure. Dans les actions de bonne foi, la valeur de la chose litigieuse s'apprécie au jour du jugement ; dans les actions de bonne foi et les actions arbitraires, le juge peut se placer au jour du jugement, pour apprécier les conditions d'exercice de l'action. Dans ces mêmes actions, dans toutes même, d'après les Sabinien, dont l'opinion a prévalu, la satisfaction fournie au demandeur, entre la *litis contestatio* et le jugement, entraîne l'absolution du défendeur, et il en est de même, si la chose a péri fortuitement dans cet intervalle.

Enfin, le demandeur ne doit pas souffrir des lenteurs de la justice, et la condamnation doit comprendre tout ce que le demandeur aurait eu, si le jugement avait été rendu lors de la *litis contestatio*.

La réalisation du droit est ainsi bien plus adéquate à son contenu que dans la procédure des actions de la loi, et le juge jouit ici, lorsque la condamnation est *incerta*, et n'est pas limitée par une *taxatio* du magistrat, d'un large pouvoir d'appréciation. Le magistrat lui indique alors simplement les bases d'estimation : soit la valeur vénale, appréciée à tel moment déterminé (*quantum ea res est, erit, fuerit*), au taux du simple, du double, du triple ou du quadruple ; soit l'intérêt du demandeur (*quantum interest*, ou *interfuit*), soit même la bonne foi ou l'équité (*ex fide bona, ex bono et æquo*). Exceptionnellement, à titre de peine, le montant de la condamnation est laissé à l'appréciation du demandeur sous serment (*jusjurandum in litem*).

Grâce à la clause arbitraire, insérée dans certaines actions, l'inconvénient de la condamnation pécuniaire est

évité, et le demandeur peut obtenir la satisfaction en nature qui le remplit de son droit, si le défendeur y consent, et son consentement lui est presque imposé par la menace d'une condamnation fixée par le demandeur sous serment.

Enfin, dans les actions de bonne foi, le juge peut allouer les intérêts sans mise en demeure et tenir compte des fruits. L'*intentio* étant *incerta* (*quidquid dare facere oportet*), le demandeur n'a pas à redouter les conséquences graves de la *pluspetitio*. Le juge peut tenir compte du dol, sans qu'une exception formelle de dol ait été insérée dans la formule, tandis que l'insertion de cette exception est nécessaire dans les actions de droit strict.

Le juge est libre dans son appréciation des preuves. Chacune des parties est tenue de prouver ses allégations, mais elle peut le faire par des moyens quelconques : témoins, titres, constatations matérielles, présomptions, aveu, serment. Le juge en apprécie souverainement la valeur, et la loi ne détermine pas le degré de croyance qu'il doit y attacher. C'est seulement *in jure* que le serment nécessaire, prêté par le défendeur, entraîne son absolution, refusé par lui, équivalant à une condamnation, de même que la *confessio in jure*. Dans ces cas, le sort du procès est réglé sans renvoi devant le juge. Mais le serment nécessaire n'est admis que dans le cas prévu par l'édit *si certum petitur* et l'*in jure confessus* n'est tenu pour *judicatus* que dans les instances portant sur une *certa pecunia*.

Bien qu'il soit obligé de se mouvoir dans le cadre limité de la formule, le juré a donc un large pouvoir subjectif d'apprécier les faits de l'espèce, et de statuer selon l'équité, ou de se laisser aller à l'arbitraire. Mais si sa sentence n'est

pas soumise au contrôle de l'*intercessio* ni de l'appel, et n'est susceptible que de l'*in integrum restitutio* ou de la révocation, qui entraîne la peine du double en cas d'insuccès, le juré, nommé par le magistrat, demeure sous sa surveillance pendant toute l'instance. Le magistrat peut suspendre le procès, user de contrainte envers le juge négligent, le décharger de sa mission en cas d'empêchement, le révoquer, le remplacer s'il jure *sibi non liquere*. Il doit l'éclairer, si le juré le consulte sur un point de droit, mais il ne peut, sans porter atteinte à son indépendance, lui donner aucun conseil sur l'appréciation du fait.

CHAPITRE V

L'égalité devant la justice au Bas-Empire

Avec la constitution proclamée par Dioclétien et Maximin en 294, la procédure formulaire disparaît et la procédure extraordinaire, qui s'y était progressivement substituée, est désormais seule applicable. Elle consacre deux principes fondamentaux, opposés à ceux de l'ordo : la juridiction appartient à des fonctionnaires non spécialisés ; ils jugent eux-mêmes les procès, sans renvoi à un particulier chargé du *judicium*.

Section I. — L'ORGANISATION JUDICIAIRE

Avec la disparition des libertés publiques, la justice n'est plus rendue par des magistrats électifs, mais au nom de l'empereur et par ses délégués, ou par lui-même. Il semblerait que la justice ait dû y perdre en indépendance, puisque le prince nomme et révoque à son gré tous ses agents. Mais déjà sous le Haut-Empire, les préteurs et les gouverneurs de provinces ont cessé d'être élus et les *legati juridici* des provinces impériales sont les délégués directs de l'empereur.

Le prince avait lui-même le pouvoir de connaître de

tous les procès. Au III^e siècle, il a multiplié les *cognitiones cæsarianæ* et dans les provinces, les gouverneurs, encouragés par les empereurs, ont pris l'habitude de statuer eux-mêmes, ou par des délégués choisis en dehors de l'*album*.

Les plaideurs ont accepté cette substitution, qui leur procure divers avantages. Entouré de conseillers, le magistrat, qui peut rester en fonction pendant de longues années, offre les garanties d'une justice plus éclairée, plus stable, où une jurisprudence peut se former. Dans le déclin de la moralité publique, les jurés n'inspiraient plus la confiance qui s'était attachée à l'origine à leur recrutement dans la classe la plus élevée. Le magistrat, révocable, est soumis au contrôle du prince. Les plaideurs peuvent faire réformer en appel une sentence injuste, tandis que la décision du *judex unus* était sans recours.

En fait, cependant, les gouverneurs de province confient souvent à des *judices pedanei* le jugement des procès. Mais ces subalternes ne sont pas des jurés : ils instruisent et jugent tout le procès. Les plaideurs conservent toutefois des garanties analogues à celles qui leur appartenaient sous la procédure de l'*ordo*. Ils peuvent s'entendre sur le choix du *judex pedaneus*. A défaut d'accord, il est désigné par le gouverneur, mais les parties peuvent le récuser. Le *judex* est choisi vraisemblablement parmi les membres des sénats municipaux et, sous Justinien, parmi les avocats immatriculés auprès de chaque tribunal. Les gouverneurs finissaient par choisir toujours les mêmes personnes ; il se constitua des collèges de *judices pedanei* permanents qui, au VI^e siècle, touchent même un traitement. Comme le gouverneur, le *judex pedaneus* s'entourait de conseillers.

Malgré ces garanties de recrutement et de savoir des *judices*, les empereurs enjoignent au gouverneur de statuer en personne. Dioclétien ne lui permet de déléguer ses pouvoirs que s'il ne peut suffire à sa tâche, en raison des affaires publiques ou de la multitude des procès, et à l'exception des procès antérieurement soumis à la *cognitio extra ordinem*.

Au Bas-Empire, les provinces ont été morcelées. Le gouverneur ne se déplace plus pour tenir des assises dans les principales villes de son ressort. Les parties doivent se rendre auprès de lui pour obtenir justice, ce qui les oblige à des déplacements onéreux. Mais la justice est beaucoup plus rapide, car les plaideurs ne sont plus obligés d'attendre la tenue de la session des assises.

Sous Justinien, des délais légaux garantissent le défendeur contre la lenteur et la négligence du demandeur. La *litis contestatio* résulte de l'exposé contradictoire des conclusions des deux plaideurs devant le magistrat. Elle doit intervenir dans les deux mois qui suivent la requête. Le demandeur qui tarde à donner suite à l'affaire doit payer au défendeur le double des frais exposés, en vertu de l'engagement qu'il a pris sous caution au début de la procédure.

La *litis contestatio* fait courir le délai de trois ans pour la péremption de l'instance, mais l'action périmée n'est plus éteinte, comme dans le droit classique, et elle peut être reprise pendant quarante ans.

Le temps consacré à la juridiction a été modifié à plusieurs reprises. Jusqu'à Marc Aurèle, des mesures sont prises à diverses époques, pour assurer aux plaideurs une

prompte justice et augmenter le nombre des jours fastes, devenu insuffisant avec l'accroissement de la population. Dès le V^e siècle de Rome, la loi Hortensia décide, en faveur des habitants de la banlieue de Rome, que les jours de marché ne seront plus des jours fériés. L'affaiblissement du sentiment religieux fait négliger la conception des jours fastes. Dès le temps de Cicéron, certains préteurs administraient la justice même les jours néfastes. César, Auguste et Claude augmentent le nombre des jours fastes. Marc Aurèle le porte à 230 et permet de faire des actes judiciaires le reste de l'année, si les parties y consentent.

Au Bas-Empire, l'avènement du christianisme détermine une réaction. Constantin défend aux magistrats de siéger le dimanche. Théodose supprime les jours fériés qui rappellent le paganisme, et les remplace par les jours des principales fêtes chrétiennes. Les jours ouvrables étaient au nombre d'environ 240.

Par une innovation grave, les audiences des magistrats ne sont plus publiques. Le huis clos est appliqué d'abord aux affaires les moins importantes puis, au V^e siècle, d'une manière générale. Le public est séparé de la salle d'audience par des barrières ou des voiles, et n'y est admis qu'à titre exceptionnel. Y assistent seuls les parties, les auxiliaires des magistrats et les personnes qui ont accès au *secretarium* en raison de leur situation.

Si l'égalité des justiciables trouvait son compte dans une justice plus rapide, elle était, au contraire, compromise par les frais de déplacement et par les frais de justice. Sous la République et le Haut-Empire, la justice était gratuite, et les auxiliaires du magistrat étaient payés par l'Etat.

Mais l'insuffisance de leur traitement engendra des abus : les *officiales* prirent l'habitude d'exiger des plaideurs des gratifications pour les divers actes de la procédure ; les procès devinrent ainsi onéreux, avec l'intervention obligatoire des auxiliaires du magistrat dans la rédaction des actes de plus en plus nombreux de la procédure écrite. Constantin essaya vainement de prévenir ces prétentions illégales par des peines très sévères. Ces pratiques continuèrent, et l'Etat finit par les autoriser, pour ne pas aggraver la pénurie du Trésor et se dispenser d'augmenter les salaires des gens de justice. Pour éviter tout arbitraire, on fixa la taxe des actes judiciaires, en denrées, avec faculté d'en donner la valeur en argent.

En Orient, la taxe était réduite pour les soldats, les clercs et autres privilégiés. Les pauvres, les avocats, les évêques, en étaient exempts par des constitutions du Code et des Nouvelles, mais la partie adverse jouissait de la même faveur.

En dehors des magistrats municipaux et des *defensores civitatis*, qui jugent les affaires de minime importance, les juges de droit commun sont les préfets de la Ville, à Rome et à Constantinople, et les gouverneurs dans les provinces.

L'évocation permet quelquefois de modifier les règles sur la compétence. L'un des plaideurs peut solliciter le renvoi de l'affaire devant un autre juge, ou devant le consistoire impérial. L'évocation n'est possible qu'avec l'autorisation de l'empereur, sous peine d'une amende contre le plaideur et son avocat, et l'empereur ne l'accorde qu'à titre exceptionnel.

Section II. — LES TRIBUNAUX D'EXCEPTION. — LA JURIDICTION
ECCLÉSIASTIQUE

Le Bas-Empire, qui multiplie les catégories sociales, multiplie aussi les tribunaux d'exception en faveur de certaines classes, sénateurs, moines, clercs, soldats. En 413, Théodose II attribue aux maîtres de la milice, aux ducs et aux comtes les causes civiles où les deux parties appartiennent à l'armée et celles où le défendeur est militaire, si le demandeur y consent. Les colons et les esclaves du domaine de la couronne impériale relèvent, au civil et au criminel, du *præpositus sacri palatii* et du *comes domorum* ; ceux du domaine de l'Etat relèvent, au civil seulement, des *rationales rerum privatarum*. Des privilèges de juridiction sont reconnus, mais au criminel seulement, aux *illustres*, aux gouverneurs de province, aux *clarissimi*, aux *officiales*.

L'exception la plus sérieuse au principe de l'égalité devant la justice et de l'unité de juridiction est celle qui attribue compétence en matière civile à des tribunaux d'Eglise. C'est l'origine de la juridiction ecclésiastique, qui dans l'ancien droit, donnera à l'Eglise une influence si considérable.

Dès les premiers temps du christianisme, ses adeptes avaient pris l'habitude, sur la recommandation de Saint Paul, de soumettre leurs litiges, non pas aux tribunaux païens, mais à l'arbitrage de leur communauté, puis de l'évêque. Cet arbitrage exigeait l'accord des parties, et la sentence de l'évêque n'était pas exécutoire par l'autorité publique. Elle n'était obligatoire qu'en conscience, ou sanctionnée par une peine stipulée dans un compromis régulier.

Avec la reconnaissance du christianisme comme religion de l'Etat, la situation change. En 318 (ou 321), Constantin reconnaît la juridiction arbitrale de l'évêque, à la condition qu'il soit accepté comme juge par les deux plaideurs. Cet accord établi, le juge laïque doit refuser de connaître de l'affaire et, si elle est déjà portée devant lui, il est tenu de s'en dessaisir. Constantin assimile la sentence de l'évêque à une décision de justice, il lui confère l'autorité de la chose jugée et l'exécution par les voies légales.

En 331, il va plus loin : il permet à l'une des parties, au cours d'une instance, et tant que le jugement n'est pas rendu, de réclamer le renvoi devant l'évêque et, malgré l'opposition de l'autre partie, le renvoi est de droit. C'était donner aux évêques, non plus un pouvoir arbitral, mais une juridiction concurrente avec celle des juges séculiers, et même privilégiée. Le caractère exorbitant de cette innovation a fait contester par Godefroy l'authenticité de cette constitution. Elle nous est parvenue en même temps que d'autres, avec l'indication qu'elles faisaient partie du livre XVI du Code Théodosien, mais ces constitutions ne figurent pas dans le corps de ce Code, et portent le nom de constitutions de Sirmond, du nom du Père qui les a publiées en 1631.

En tout cas, cette célèbre constitution, dont l'Eglise invoquera l'autorité depuis le IX^e siècle et pendant tout le Moyen Age, a été bientôt abrogée, en 398, par Honorius, qui exige, pour saisir l'évêque, le consentement des deux parties. Honorius confirme, en 408, la force exécutoire de ces arbitrages épiscopaux.

Arcadius et Honorius admettent aussi l'arbitrage des

patriarches dans les contestations civiles entre les juifs, du consentement des deux plaideurs et confèrent à la sentence l'autorité de chose jugée et la force exécutoire.

En 425, un édit de Théodose et de Valentinien III rend aux évêques la connaissance des affaires spirituelles, que Jean le Tyran avait tenté de soumettre aux tribunaux ordinaires. Cet édit paraissait leur donner aussi les causes civiles entre clercs, mais en 452, Valentinien précise que les évêques ne peuvent connaître des causes civiles, soit entre laïcs, soit même entre clercs, qu'à titre d'arbitres, en vertu d'un compromis formel confirmé par serment (Nouvelle 34). Une constitution ultérieure de Majorien se contenta d'un simple pacte.

En résumé, aucune constitution n'a consacré au V^e siècle le privilège de clergie en Occident, et obligé les laïcs à agir contre les clercs devant l'évêque. C'est seulement la nouvelle 79 de Justinien qui a introduit ce privilège et force à porter les actions contre les clercs, même en matière civile, devant l'évêque, mais avec appel devant le gouverneur de la province.

Section III. — LE DROIT D'AGIR EN JUSTICE

Le droit d'agir en justice s'élargit au Bas-Empire, à mesure que s'accroît le mouvement vers l'égalité juridique et l'individualisme, largement amorcé sous le Haut-Empire. La capacité juridique appartient à tous les hommes libres *sui juris*. Dès 212, l'édit de Caracalla a fait de tous les habitants de l'empire, sous des réserves mal connues, des citoyens. Le préteur pérégrin disparaît. L'esclavage subsiste,

mais l'affranchissement est facilité ; depuis Justinien, il entraîne de plein droit la qualité de citoyen et d'ingénu ; cependant les restrictions tenant au patronat, intéressant notamment les actions en justice contre le patron, sont maintenues. Constantin prend des mesures en faveur de l'esclave qui ne trouve pas d'*adsertor* dans un certain délai et parvient ensuite à faire juger qu'il est libre. Justinien le dispense de chercher un *adsertor* et l'autorise à réclamer directement sa liberté.

Au Bas-Empire apparaît une classe inférieure, les colons, dont la situation est assimilée dans une large mesure à celle des esclaves. Cependant le colon peut ester en justice, même contre son maître, en cas d'augmentation de la redevance, d'accusation criminelle ou de prétention à la propriété (1).

La tutelle des femmes est tombée en désuétude dès le Haut-Empire. La femme pubère peut donc librement ester en justice et y défendre. Avec la disparition progressive du mariage *cum manu*, le mariage *sine manu* lui laisse son indépendance complète vis-à-vis de son mari ; elle exerce elle-même ses droits en justice, et n'a aucune autorisation à solliciter. Cependant, sous l'influence des Pères de l'Eglise, l'idée se fait jour de la subordination de la femme au mari.

La situation du fils de famille est aussi plus indépendante. Les droits qui lui sont progressivement reconnus sur son pécule castrens, son pécule quasi castrens et ses biens adventices lui permettent d'agir lui-même en justice, pour assurer la protection de son patrimoine.

Cependant des inégalités anciennes subsistent, ou sont

(1) ARCAD. C. 11,50.2; JUST, C. 48,20 pr.

même élargies. Le Bas-Empire confond, sous la dénomination commune d'infâmes, les personnes frappées d'ignominie par la loi et celles que visait l'édit, et étend à ces dernières les incapacités qui frappaient les premières. De nouvelles causes d'infamie sont introduites, quand le christianisme devient la religion d'Etat. Les païens, les hérétiques, les apostats (1) sont exclus des fonctions publiques, par conséquent du droit de participer à l'administration de la justice, et la capacité des juifs est restreinte sur ce point (2). L'infamie comporte aussi l'impossibilité de postuler, c'est-à-dire de plaider pour autrui.

Inversement, les sénateurs et les fonctionnaires impériaux jouissent de privilèges variés, qui intéressent notamment l'exercice des actions en justice. Les préfets du prétoire et de la Ville, les maîtres de la milice, les membres du consistoire, les proconsuls et les vicaires sont tenus de se faire représenter en justice (3). Sous Justinien, le demandeur doit signer sa requête et donner caution de suivre la procédure. Pour les *possessores* et les *illustres*, première classe des sénateurs, on se contente d'une *cautio juratoria* (4). Le défendeur doit promettre sous caution de comparaître au jour fixé et de défendre au procès. A défaut de caution, il doit suivre l'huissier et reste sous sa surveillance pendant tout le procès ; il peut même être enfermé dans une prison publique, sauf les femmes et quelques privilégiés (5).

(1) GRATIEN C. 1.1.1.1; VALENTINIEN, C. 1.7.3; C. Th. 16.10.21.

(2) C. Th. 16.8.24.

(3) VAL. THÉO. ARCAD., C. 2.12.25. Cf. Nov. 71.

(4) JUST., C. 12.19.12, pr.

(5) Nov. 134.9.

Section IV. — LA PROCÉDURE

Dans la procédure extraordinaire, le rôle du magistrat est singulièrement élargi. Il n'est plus chargé d'assister à une solennité et de la régler conformément à la loi, sorte d'automate sans pouvoir d'appréciation, ni de fixer dans une formule la situation mutuelle des deux parties, en laissant à un juré le soin de statuer sur un point très simple, ou sur les questions limitées posées dans la formule. L'action est devenue la faculté de recourir à la justice publique pour faire respecter un droit méconnu et obtenir la réparation du préjudice causé.

C'est le magistrat qui est chargé seul de cette mission. Il est libre. Aucune règle ne lui est imposée pour la direction des débats, l'enquête ou le jugement. Son intervention est plus active que sous les procédures précédentes, dans les diverses phases du procès.

Dans ses traits juridiques, cette procédure contenait des garanties d'une véritable justice. Les magistrats du Bas-Empire n'avaient plus le pouvoir exorbitant du préteur, de créer ou de supprimer des droits par un édit général, ou même par mesure isolée, à l'occasion d'un procès. La disparition des formes évitait aux parties le risque de perdre leur droit pour un mot omis ou changé, pour une erreur ou une omission dans la rédaction de la formule.

Il est toujours de règle que les parties doivent comparaître en personne ou par représentant. Mais les moyens sont multipliés pour toucher le défendeur. S'il se cache frauduleusement ou s'il est absent, et n'a pas de représen-

tant, il est réputé contumax. On lui adresse une triple sommation, en les réduisant au besoin à une seule (*edictum peremptorium*) (1). L'affaire est ensuite soumise au magistrat. Mais l'*indefensus* n'est plus assimilé de plein droit à un condamné, comme dans les procédures antérieures, d'une rigueur moins équitable. Le magistrat peut, en son absence, le condamner ou l'absoudre (2). En cas de condamnation, le défaillant peut demander que l'affaire soit jugée à nouveau, à condition de rembourser les frais du procès et de fournir caution. En matière réelle, cette faculté ne lui est accordée que pendant un an ; mais il peut ensuite prendre le rôle de demandeur.

Si l'une des parties fait défaut après la *litis contestatio*, le magistrat lui fait adresser trois sommations à dix jours d'intervalle. Le refus de comparaître équivaut à un abandon de l'instance (*eremodicium*). Le défaillant est traité comme un contumax, et le procès suit son cours à la requête de son adversaire (4).

L'objet de la demande peut être modifié au cours de l'instance, si une erreur a été commise en plus ou en moins. Le demandeur n'a plus à redouter la déchéance résultant de la *plus petitio*, ni l'exception *litis dividuæ* en cas de *minus petitio*. Cependant, par une survivance singulière, l'effet de la *plus petitio* a toujours été maintenu en Occident ; en Orient, la règle ancienne n'a été abrogée que par Zénon, pour la *minus petitio*, et par Justinien, pour la *plus*

(1) DIOCL. C. 7.43.9; CONSTANTIN, C. 2. 19.2; C. 7.43.8.

(2) Nov. 53.4.1.; 63.3. pr.

(3) JUST. C. 7.39.8.3.

(4) JUST. C. 3.1.13.

petitio re, loco, causa. Par une application du vieux principe qui punit le plaideur téméraire, le demandeur doit payer le triple du dommage causé au défendeur en exagérant sa prétention.

La *plus petitio tempore* ne peut être rectifiée au cours du procès. Le défendeur est absous, mais le demandeur peut renouveler sa demande. A titre de peine, on lui impose un délai double du délai primitif, avec perte des intérêts courus dans l'intervalle et remboursement des frais de la première instance.

Lorsque l'erreur porte sur l'objet du droit, et que le demandeur a réclamé une chose pour une autre, il peut aussi rectifier sa demande au cours du procès, ce qui le dispense d'intenter une nouvelle action, mais se concilie mal avec l'intérêt du défendeur (1).

La déchéance résultant de la *plus petitio* est maintenue dans le seul cas où le créancier a exigé dolosivement une caution pour une somme supérieure à celle qui lui est due, et n'a pas rectifié sa demande avant la *litis contestatio* (2).

La liberté de l'instruction permet au magistrat de provoquer la révélation de faits de nature à faciliter la preuve, par exemple par des *interrogationes in jure*, ou par la délation du serment, en toute matière, par lui-même ou par l'une quelconque des parties.

La loi limite le pouvoir du juge quant à l'admission des preuves et inaugure le système des preuves légales. Le témoignage doit être donné sous serment ; celui d'un *hones-*

(1) JUSTINIEN, *Instit.* IV. 6.33-35.

(2) C. 3.10.3.

tior doit être préféré à celui d'un *humilior*, plus facile à corrompre à prix d'argent. Constantin exige plusieurs témoins : *testis unus, testis nullus*. Pour prouver la libération d'une dette constatée par écrit, le débiteur doit fournir un écrit, ou produire cinq témoins honorables, attestant sous serment que le paiement a eu lieu en leur présence.

Les actes privés n'ont de valeur probatoire que s'ils ont été écrits devant témoins et portent leur *subscriptio* et celle du rédacteur. Les titres notariés font foi en justice, si le *tabellio* affirme sous serment leur authenticité. Les titres enregistrés dans les actes d'un magistrat compétent ont une valeur absolue et indéfinie.

Ce système de preuves légales est une garantie d'impartialité et limite l'arbitraire du juge.

La liberté du magistrat dans la rédaction du jugement lui permet de l'adapter exactement à tout ce que commande l'équité, c'est-à-dire d'assurer au gagnant la réalisation parfaite de son droit, sans être retenu par les entraves que la procédure formulaire apportait au libellé de la sentence.

Les distinctions des actions sont conservées par Justinien, mais n'ont plus qu'une valeur nominale. Le demandeur peut être condamné aussi bien que le défendeur, ce qui simplifie la procédure, permet les demandes reconventionnelles et la compensation. La règle fondamentale du droit classique, la condamnation nécessairement pécuniaire, est abrogée. Le résultat cherché par le détour des actions arbitraires est obtenu directement. La condamnation peut avoir pour objet la chose même, dans les actions réelles et dans les actions personnelles sanctionnant une obligation de faire. A partir du III^e siècle, la partie qui suc-

combe est condamnée aux frais du procès (1). La peine du double contre le plaideur téméraire n'est maintenue par Justinien que dans quelques cas (2).

Des mesures de forme garantissent l'authenticité du jugement. Il doit être rédigé par écrit, lu par le magistrat en personne, sauf s'il est *illustris* et, une fois rendu, il ne peut plus être modifié.

Section V. — LES VOIES DE RECOURS

Une voie de recours régulière, l'appel, remplace les recours exceptionnels résultant de l'*in integrum restitutio* et de l'intercession (3). On peut interjeter appel de la décision d'un juge inférieur à son supérieur hiérarchique, en remontant jusqu'au préfet du prétoire. La multiplicité des appels a pour inconvénient de prolonger les procès et d'accroître les frais, surtout pour les affaires les moins importantes, jugées aux échelons les plus bas de la hiérarchie. Aussi Théodose I^{er} avait-il autorisé l'exécution provisoire du jugement rendu sur le second appel. Justinien limite à deux le nombre des appels pour une même affaire.

L'appel est reçu par le magistrat qui a rendu la sentence ; il doit délivrer des lettres de renvoi dans les cinq jours ; s'il s'y refuse, l'appel est porté au juge d'appel et en cas de succès, le premier juge est sévèrement puni.

La notion du plaideur téméraire réapparaît ici. Constantin frappe l'appelant qui succombe de peines excessives :

(1) ULP. *Dig.* 5.1.79 pr.

(2) JUST. *Dig.* 4.16.1.

(3) L'intercession n'était possible qu'*in jure* et n'avait qu'un effet suspensif, négatif.

deux ans de relégation et confiscation de la moitié de ses biens, s'il est riche ; deux ans de travaux forcés dans les mines, s'il est pauvre (1). Justinien revient à la peine modérée prescrite par Dioclétien (2).

Le principe même de ces pénalités est critiquable. La menace d'une peine risque de faire reculer le perdant devant l'exercice du recours qui lui est ouvert, et de le priver d'une garantie légale.

L'appel à l'empereur est réservé aux affaires les plus importantes. Au Bas-Empire, il consiste en une consultation demandée par le juge, ce qui évite à l'appelant les frais de déplacement et de séjour dans la capitale. A partir de Théodose II, la consultation ne subsiste que pour les appels des juges *illustres*. Les autres appels à l'empereur sont jugés par une commission dans les formes ordinaires.

Enfin, dernier avantage de la procédure extraordinaire : les jugements sont exécutoires par la force publique, en nature, ou, pour les condamnations pécuniaires, par la vente aux enchères d'un ou plusieurs biens du condamné (*pignus ex causa judicati captum*). Le gagnant évite, pour réaliser son droit, les détours de l'exécution nécessaires sous la procédure antérieure. Il n'est plus nécessaire de saisir tout le patrimoine, comme dans la *bonorum venditio*.

En somme, si l'on fait abstraction de quelques juridictions privilégiées assez restreintes, et surtout d'ordre criminel, si l'on remarque que la juridiction d'Eglise n'a été, avant Justinien, sauf pendant une courte période, qu'un arbitrage avec autorité de chose jugée, l'organisation de la

(1) CONSTANTIN, C. Th. 11.30.16.

(2) DIOCL. C. 7.62.64.

justice au Bas-Empire donne juridiquement l'impression d'une construction savamment établie, susceptible d'assurer aux plaideurs une solution rapide des procès, des débats contradictoires amples et libres, sans risques de nullités à chaque pas, des jugements adéquats à leurs droits et garantis dans leur exécution, des recours pour les plaideurs malheureux ou défaillants.

*Section VI. — L'ACTION DES PUISSANTS CONTRE L'ÉGALITÉ
DANS LA JUSTICE*

Mais cet instrument juridique si parfait exigeait, pour bien fonctionner, des magistrats intègres et scrupuleux, pénétrés de leur haute mission et soucieux de mettre au service d'une justice égale pour tous, impartiale, les pouvoirs presque illimités d'instruction et de décision qu'il leur conférait. Il supposait aussi, de la part des plaideurs, qui jouissaient devant la justice d'une grande liberté dans l'exposé de leurs prétentions, le sentiment du respect pour la magistrature judiciaire et de l'égalité de l'adversaire.

Or l'état politique, économique et social du Bas-Empire était loin de répondre à ces conditions. Le sens moral est affaibli chez les citoyens et chez les fonctionnaires. La machine administrative savamment hiérarchisée ne suffit pas à la gestion d'un immense empire, même divisé en deux. L'absence de contrôle favorise les abus des fonctionnaires, dont les plus élevés donnent le signal de la révolte. La plèbe des villes et surtout des campagnes ne voit plus dans ses magistrats que des oppresseurs qui la pressurent, et sont impuissants à lui assurer subsistance et sécurité. Dans

l'anarchie de l'Etat, incapable de la défendre, elle n'a d'autre ressource que de se placer sous le patronage des puissants. Ceux-ci, grands propriétaires fonciers, enrichis par la corruption, la fraude ou la spoliation, profitent de la faiblesse du pouvoir central pour se rendre indépendants ; ils refusent l'impôt, entretiennent des bandes armées, entravent le cours de la justice publique en soutenant leur clientèle et s'attribuent le droit de juridiction.

Dans les Nouvelles, les plaintes contre les magistrats sont incessantes (1). Les empereurs essaient en vain de remédier à ces maux, tantôt avec l'aide de la religion, tantôt par des mesures rigoureuses, excessives, bientôt suivies de mesures de réaction allant jusqu'à l'impunité. Pour prévenir la malhonnêteté, devenue générale chez les juges, les avocats, les parties, on expose les évangiles dans le prétoire, on exige le serment (2). Mais le parjure est devenu si normal que Zénon exempte de toute peine le plaideur convaincu de faux serment dans sa propre cause (3). Des constitutions vont jusqu'à reconnaître aux évêques un droit de surveillance sur les magistrats dans certains cas, par exemple, en cas de déni de justice (4), de mauvais traitements envers les prisonniers (5).

Une magistrature aussi corrompue devait fatalement faire pencher la balance de la justice en faveur des plaideurs riches et puissants, et l'égalité n'était plus qu'un vain

(1) *Nov. MART.*, 1, pr. ; *Nov. JUST.*, 24,3 ; 25,4 ; 26,3.1 ; 69.1.1.

(2) *Nov.* 8.

(3) *C.* 4.20.13.

(4) *Nov.* 86.

(5) *HONORIUS*, *C. Th.* 9.3.7.

mot au prétoire. Dès la période classique, les empereurs se préoccupent des empiètements des puissants. Les fermiers des grands domaines (*conductores*) traitent les colons comme il leur plaît, sans beaucoup se soucier des lois. Dans les domaines impériaux surtout, le *conductor* « joue volontiers au potentat... et se donne parfois des airs et comme des attributions qui le feraient ressembler à un *procurator* impérial et presque à un magistrat » (1). Le magistrat avait dû venir au secours du plaideur que l'adversaire mettait aux prises avec un puissant (2). Ulpien met au nombre des devoirs du proconsul celui de donner un *advocatus* à celui qui prétend ne pouvoir en trouver un *per potentiam adversarii* (3). Un gouverneur se déshonore en laissant un puissant agir de telle sorte que personne n'ose plaider, quand il est partie à un procès (4).

Une loi Licinia avait interdit l'aliénation *judicii mutandi causa* des droits d'un copartageant (5), dans la crainte que l'acquéreur ne fût un *potestior*, qui mît dans le procès le poids de sa puissance.

Au Bas-Empire, ces interventions des puissants dans la justice deviennent de plus en plus fréquentes. Cet état de choses, exceptionnel sous le Principat, devient normal, à en juger par la place qu'il tient dans les constitutions impériales. En 286, Dioclétien et Maximin recommandent de

(1) BEAUDOUIN : *Les grands domaines dans l'Empire romain*, p. 61.

(2) *Dig.* 4.7.1.

(3) *Dig.* 1.16.9.5.

(4) *Consultatio veteris jurisconsulti*. IV. 5. Sur tous ces points, Cf. MONNIER., *Etudes de droit byzantin*, *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1900, p. 76 et suiv.

(5) *Dig.* 4.7.12.

choisir comme témoins les individus qui ne font pas faire leur conscience par crainte du puissant (1). En 293, sur les plaintes des provinciaux, *qui sæpe importunis potentium intercessionibus opprimuntur*, ils défendent aux *tenuiores* de rechercher dans les procès le *patrocinium* des puissants, et à ceux-ci d'agir comme cessionnaires d'un litige, par eux-mêmes ou par personne interposée (2).

En 400, Arcadius et Honorius condamnent sévèrement les puissants qui tolèrent ou permettent l'insertion de leur nom dans les *libelli contradictorii* (3). Honorius sanctionne, en 422, la *cessio in potentiolem* par la perte de la créance (4).

L'aveu d'impuissance de l'autorité publique contre les entreprises des puissants est fait avec une franchise déconcertante dans une constitution rendue par Constantin à Trêves, aux calendes de janvier 328 : « Il y a dans les provinces des personnes contre l'insolente puissance desquelles le président de la province lui-même ne peut rien ; ils constituent un danger pour l'ordre public et les petites gens. Le président n'ose pas les appeler à son tribunal, ni prononcer un jugement contre elles. Il n'a d'autre ressource que de renvoyer l'affaire au préfet du prétoire ou à l'empereur » (5).

Les plaideurs prenaient volontiers cette voie, et sollicitaient l'évocation de leurs litiges devant un juge plus élevé ou devant l'empereur. Pour les puissants, c'était un moyen

(1) C. 4.20.5.

(2) C. 2.13.

(3) C. TH. 2.14.1.

(4) C. TH. 2.13.1.

(5) C. JUST. 1.40.2. Cf. MONNIER, *op. cit.* p. 84.

de faire pression sur un adversaire *humilior*, et de lui imposer une transaction ruineuse, par la menace d'être obligé de quitter pour longtemps sa maison et sa famille, et de plaider dans un lieu où il n'aurait ni ses titres ni témoins, sans compter les frais et les longueurs de l'instance. Les *humiliores*, au contraire, espéraient trouver dans un juge plus élevé en rang, plus lointain, une justice plus impartiale, à l'abri de la *potentia*.

Constantin, en 324, avait décidé de refuser l'évocation *ad comitatum principis* contre les veuves, les pupilles, les malades et les faibles, et de l'accorder à leur profit, surtout quand ils auraient à redouter la puissance de quelqu'un (1).

Au V^e siècle, Martien se plaint de l'abus des évocations. La capitale est pleine de plaideurs venus même des extrémités de l'empire. Ces abus ne se seraient pas produits, dit-il, si les juges avaient été plus sévères ou plus intègres. Il supprime l'évocation : « Les demandeurs au civil et au criminel devront s'adresser aux magistrats qui ont la juridiction ordinaire. Que ceux-ci opposent à la puissance la force des lois, aux richesses, leur esprit intègre ». Cependant il ne peut s'empêcher de réserver la faculté d'évocation, si l'adversaire est puissant : « *nisi forsitan... propter potentiam adversarii* (2) ».

Un tel dédain de l'administration de l'Etat devait naturellement conduire les puissants à s'en passer pour exécuter leurs débiteurs et à s'arroger le droit de juger les autres.

Dès la période classique, un célèbre décret de Marc Au-

(1) C. Th. 1.10.2; C. JUST. 3.14.1.

(2) *Nov. Martiani*, 1.1; MONNIER, *op. cit.* p. 98.

rèle essaie d'arrêter ce recours des puissants à l'exécution privée, en les privant de la créance (1). Au Bas-Empire, en 389, Valentinien III, Théodose et Arcadius complètent le système du *decretum Marci*, en décidant que le propriétaire qui s'empare violemment de son bien, *ante eventum judicialis arbitrii*, perdra son droit de propriété (2). Des rescrits un grand concours de familiers, apposer ses *signa* sur les meubles du débiteur mourant, et saisir jusqu'au cadavre (3). Honorius défend d'obtenir séquestre de la *pecunia debita* avant jugement (4).

Les puissants ont des prisons privées. Dans les premiers siècles de Rome, les patriciens avaient leurs prisons particulières et les débiteurs *addicti* y étaient enfermés. L'emprisonnement privé n'avait pas cessé complètement au Haut-Empire. Au I^{er} siècle, les agents du fisc osaient faire enfermer leurs débiteurs personnels dans les prisons réservées aux débiteurs du fisc, bien que la coutume en Egypte, confirmée par une décision d'Auguste, eût supprimé l'emprisonnement pour dettes envers un particulier (5).

La *restitutio in integrum* est accordée *ob absentiam*, quand l'absence est motivée par un emprisonnement, et Callistrate observe que l'on ne distingue pas entre l'emprisonnement par l'autorité publique et par un puissant (6).

(1) *Dig.* 4.2.13; 48.7.7.

(2) *C. Th.* 4.22.3; *C. Just.* 8.4.

(3) *PROB. C. Th.* 16.1.1; *Nov.* 60, pr. 1.

(4) *C. Th.* 2.28; 1.

(5) Edit de Tibère Alexandre, 34.

(6) *Dig.* 4. 6. 9.

Les statues impériales sont un asile pour les prisonniers des puissants (1).

Théodose le Grand et Arcadius interdisent, en 388, l'usage des prisons privées, sous peine de crime de lèse-majesté, par une constitution adressée au préfet d'Égypte (2), et Zénon généralise la prohibition en 486, en édictant des peines sévères contre les magistrats qui l'auraient laissé violer (3). Mais les abus continuent et Justinien, tout en renouvelant, en 529, l'interdiction, atténue la peine, dans l'espoir que les magistrats se laisseront moins intimider et l'appliqueront. L'auteur de l'emprisonnement, quelle que soit sa puissance, sera détenu dans la prison publique pendant le même temps qu'il a détenu son débiteur ; il est, en outre, déchu de son droit (4).

Cette justice privée, sanctionnée par des prisons privées, par des troupes privées, aboutit à un véritable pouvoir de juridiction, non seulement sur les clients et les colons, mais sur les petits *possessores* voisins. Hadrien interdit déjà aux procurateurs des domaines impériaux d'usurper la juridiction civile et criminelle sur les gens du domaine (5). Septime Sévère et Caracalla renouvellent cette défense, sans doute mal observée (6). Le grand propriétaire soustrait son domaine à l'action administrative et judiciaire des magistrats de la cité et tend à en faire une sei-

(1) Dig. 48.19.28 § 27; C. Th. 9.45.1.

(2) C. Th. 9.11.1.

(3) C. 9.5.1.

(4) C. 1.4.23; 9.11.2.

(5) Dig. 49.14.3 § 66.

(6) Dig. 1.19.3.

gneurie. Il faut une *oratio* de Marc Aurèle pour autoriser le gouvernement à rechercher les esclaves fugitifs sur les terres du *potentior* (1).

Au Bas-Empire, le domaine privé, accru par la spoliation des petits propriétaires, devient une seigneurie. Par de véritables contrats, les petites gens, parfois par villages entiers, se mettent sous la protection du grand propriétaire, en échange de leurs biens et presque de leur liberté. En toute occasion, envers et contre tous, le patron les défend. Il se fait céder leurs créances litigieuses et met tout en œuvre pour leur faire obtenir gain de cause. Il leur assure l'impunité contre les juges impériaux, s'interpose entre eux et les agents du fisc. Le patron, véritable souverain, s'arroge le droit de les juger et de les punir (2).

En vain les empereurs renouvellent l'interdiction des *patronicia* (3), punissent les patrons et les villages (4), annulent le contrat (5), prétendent abolir le nom même de patron (6). Le patronage renaît toujours, se dissimule sous de ventes, des donations, des locations, parce qu'il répond à un besoin : trouver la protection, la justice, que l'Etat est impuissant à assurer.

(1) Dig. 11.4.3.

(2) MONNIER, *op. cit.* p. 101 et suiv.

(3) Constance (360), C. Th. 11.24.1; Valentinien, Théodose et Gratien (370); Arcadius et Honorius (399), C. Th. 11.24. 2.4.5; 1.29.8.

(4) Arcadius et Honorius (395) C. Th. 11.24.3.4; Justinien (531) Nov. 17, ch. 3; Tibère, Nov. *De dividuis domibus*, 1.6.

(5) Léon et Anthemius, C. Th. 11.54.1. § 2.

(6) Théodose le jeune, 415. C. Th. 11.24.4.

BIBLIOGRAPHIE

- BEAUDOUIN. — *Les grands domaines dans l'Empire romain*, Paris (1899).
- COLLINET. — *Etude sur la saisie privée en droit romain : la legis actis per pignoris capionem*, thèse, Paris (1892).
- COLLINET et GIFFARD. — *Précis de Droit romain*, Paris (1926).
- CUQ (Ed.). — *Les institutions juridiques des Romains*, 2 volumes. Paris (1902-1904).
- CUQ (Ed.). — *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris (1917).
- DECLAREUIL. — *Rome et l'organisation du Droit*, Paris (1924).
- FLINIAUX. — *Le Vadimonium*, Thèse, Paris (1908).
- FLINIAUX. — *Les effets de la simple absence dans la procédure de l'ordo judiciorum privatorum à l'époque de Cicéron, Mélanges P. F. GIRARD* (1913), I, p. 43 et suiv.
- GIRARD (P. F.). — *Manuel élémentaire de Droit romain*, 6^e édition (1918).
- GIRARD (P. F.). — *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*. Tome I^{er}, Paris (1901).
- GIRARD (P. F.). — *Textes de Droit Romain*, 4^e édit., Paris (1913).
- GIRARD (P. F.). — *Mélanges de Droit Romain*, tome II, *Droit privé et procédure*, Paris (1923).
- IHERING (von). — *L'Esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, 3^e édit., 4 vol., Paris (1880).

- JOBBE-DUVAL. — *Etudes sur l'histoire de procédure chez les Romains*, tome I. *La procédure par le pari*, Paris (1896).
- LEFEVRE. — *Du rôle des tribuns de la plèbe en matière de procédure*. Thèse, Paris (1906).
- MOMMSEN. — *Manuel des Antiquités romaines. — Droit public romain*, tomes I à VII, trad. P. F. GIRARD (1887-1896).
- MOMMSEN. — *Histoire romaine*, trad. CAGNAT ET TOUTAIN, 11 vol., Paris (1863-1889).
- MONNIER. — *Etudes de droit byzantin*, Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger (1900).
- SAVIGNY. — *Droit Romain*, trad. GUÉNOUX, 8 vol., Paris (1855-1858).
-

DEUXIÈME PARTIE

L'ÉGALITÉ DEVANT LA JUSTICE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

L'Époque Franque

Section I. — LA PERSONNALITÉ DES LOIS

Pendant la période franque, le principe de la personnalité des lois institue entre les races qui composent l'empire franc une grande diversité de statuts juridiques. Pour le droit privé et le droit pénal, Francs, Burgondes, Wisigoths, Gallo-Romains sont soumis respectivement à la loi de leur origine. Gondebaud, roi des Burgondes, déclare, en 502, que l'on doit juger les procès entre les Romains selon la loi romaine et, vers le milieu du VI^e siècle, la loi ripuaire décide (1) que « dans les pays ripuaires, les Francs, les Ala-

(1) Loi Ripuaire, VIII.

mans et tous les individus, de quelque nation qu'ils soient, s'ils sont appelés en justice, doivent répondre selon la loi du lieu où ils sont nés, et, s'ils sont condamnés, ils subiront la condamnation, non pas selon la loi ripuaire, mais selon leur loi propre ».

Mais ce principe, qui domine jusqu'au IX^e siècle, pour être ensuite insensiblement supplanté par la distinction des pays de droit écrit et de droit coutumier, demeure étranger au droit public et administratif. Si les juges doivent appliquer aux plaideurs leurs lois propres, les juges sont les mêmes et rendent la justice suivant les mêmes formes pour tous les individus, à quelque race qu'ils appartiennent. Il n'y a donc pas à cette époque d'inégalité dans l'administration de la justice, dans l'organisation judiciaire et la procédure, entre les plaideurs, tenant à leur origine.

La grande diversité des races fait même obstacle à la notion d'unité nationale. La distinction du citoyen et du pérégrin, qui domine l'organisation judiciaire à Rome, comme le fond du droit, la distinction du national et de l'aubain, qui s'accusera sous la dynastie capétienne, ne paraît pas instituer dans notre période d'inégalité entre les individus quant à l'exercice des droits en justice. Les étrangers sont, comme les peuples francs, régis par leur loi d'origine. Ils semblent justiciables comme eux des mêmes tribunaux. Le passage précité de la loi ripuaire parle, en effet, de « tous les individus de quelque nation qu'ils soient », et un Capitulaire de Pépin, encore plus explicite, ordonne (1) « que tous les hommes soient régis selon leurs lois, aussi

(1) Capitulaire de Pépin, Boretius, 28.

bien les Germains que les Romains et, s'ils sont étrangers, qu'ils vivent selon leurs lois ».

Cette égalité de toutes les races devant la justice se manifeste dans la composition du tribunal de droit commun. Les *rachimbourgs*, choisis parmi les hommes libres de la centena, pour composer le tribunal du *mallum* et statuer sur une affaire déterminée, sont compétents pour toutes catégories de procès, civils ou criminels, entre personnes de races quelconques, et ils peuvent être pris indistinctement dans toutes les races de Francs et de Gallo-Romains. Cette liberté de choix était d'ailleurs indispensable, sous le régime de la personnalité des lois, pour assurer aux plaideurs des juges connaissant la loi qui leur était applicable.

Indépendantes de la nationalité des plaideurs, l'organisation judiciaire et la compétence n'étaient plus celles du droit commun pour les procès concernant certaines personnes. Les fonctionnaires attachés à la maison du roi étaient justiciables de son tribunal, les procès des membres du clergé étaient soumis à la juridiction ecclésiastique. Celle-ci s'annexa aussi graduellement la connaissance de certaines catégories d'affaires *ratione materiæ*. Enfin certains personnages ont reçu du roi des concessions d'immunités, qui les font échapper à la justice des fonctionnaires royaux et les conduiront à s'arroger le pouvoir de rendre la justice à tous ceux qui habitent sur le territoire de leur domaine.

Pénétrant plus intimement dans l'étude de ces diverses juridictions, examinons dans quelle mesure les plaideurs trouvaient des garanties d'égalité et d'impartialité dans l'organisation et la procédure du tribunal de droit commun, du tribunal du roi et des tribunaux ecclésiastiques.

Section II. — L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET L'ÉGALITÉ
DES JUSTICIABLES

La composition du mallum de la centaine est assez différente à l'époque mérovingienne et à l'époque carolingienne.

§ 1^{er}. — *L'époque mérovingienne.*

Sous les Mérovingiens, le mallum est composé de rachimbourgs, au nombre de sept au moins, et présidé par le thunginus, puis, plus tard, par le comte du pagus.

Les rachimbourgs ne sont pas des fonctionnaires permanents, mais des particuliers, choisis, pour une affaire déterminée, dans l'assemblée des hommes libres qui assistent à l'audience, sous les seules conditions de notabilité et de solvabilité. Par qui étaient-ils choisis ? La question est discutée. Des auteurs attribuent leur désignation tantôt au demandeur, tantôt au défendeur (1) ; d'autres, toujours au demandeur (2). Il semble, en tout cas, que leur choix appartenait aux parties. Le titre L de la loi salique donne au débiteur qui veut participer à la procédure d'exécution le droit de désigner lui-même deux rachimbourgs. D'après certains auteurs, la nomination appartiendrait au thunginus ou au comte (3). La composition devait être très variable, et comprendre les notables les plus aisés, les plus expérimentés, les petits praticiens, les individus conviés par les

(1) SIEGEL, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahren*, p. 107.

(2) SOHM, *Process der lex salica*, p. 154.

(3) EICHHORN, *Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte*, T. 1, p. 403.

plaideurs à se trouver présents au jour de l'audience (1). En tout cas, le choix peut s'exercer en dehors de toute considération de classe sociale, comme de race. C'est une sérieuse garantie d'impartialité, et le système est, à cet égard, supérieur au recrutement des jurés romains, pris nécessairement dans une aristocratie de naissance ou d'argent, à défaut d'accord des parties.

Cependant la fonction de rachimbours était vraisemblablement réservée aux hommes jouissant de l'entière liberté, et les *commendati*, les *lidi*, en étaient sans doute exclus. A mesure que la classe des hommes libres de condition moyenne tendit à s'éteindre et que la richesse se concentra dans certaines familles, aux dépens de la masse du peuple, le nombre des hommes réunissant les conditions de liberté, de notabilité et de solvabilité devint de plus en plus restreint. Le choix des rachimbours fut, dès lors, circonscrit à une sorte d'aristocratie terrienne, offrant aux faibles moins de garanties d'une justice égale pour tous.

Les rachimbours exercent le pouvoir judiciaire. Ils ne sont pas, comme on l'a prétendu (2), des experts chargés de fixer les tarifs des compositions pécuniaires, mais des juges. C'est le sens naturel des mots *judicare*, *legem dicere*, dans la loi salique, et elle prévoit le cas où les rachimbours ont commis un déni de justice, ou mal jugé (3).

Ils ne sont pas des juges d'équité. Leurs pouvoirs, com-

(1) FUSTEL DE COULANGES, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, IV. *De l'organisation judiciaire dans le royaume franc*, p. 433.

(2) FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.* p. 486.

(3) Loi Salique, tit. LVII.

me ceux des magistrats romains sous les *legis actiones*, sont étroitement limités par le formalisme de la procédure. Les rachimbourgs recherchent avant tout par quels moyens de preuve les plaideurs seront admis à établir leurs prétentions. Le résultat du procès dépend de la façon dont sont administrées les preuves, et non de la conviction des juges. Une fois la preuve faite conformément à la loi, ils doivent condamner ou absoudre.

Le mallum est tenu sous la présidence du centenier (thunginus) ou du comte. Le thunginus, élu, à l'origine, par l'assemblée du peuple, est peut-être devenu un fonctionnaire, nommé par le comte ou par le roi. Il dirige simplement la procédure, et il n'a pas de juridiction propre, ce sont les rachimbourgs qui jugent.

Le comte, fonctionnaire royal, administrateur du pagus, revêtu de pouvoirs administratifs, militaires et financiers, a-t-il, sous les Mérovingiens, les pouvoirs judiciaires ? Préside-t-il un tribunal de rachimbourgs propre, ou à la place du thunginus ? Juge-t-il seul ? Toutes ces questions sont très controversées. De nombreux passages des chroniqueurs montrent le comte rendant la justice. Les lois barbares lui donnent le nom de juge (1). La loi des Burgondes fixe le délai où il doit juger les causes, lui défend de recevoir des présents et le punit s'il rend des jugements injustes (2). Des édits royaux lui recommandent de juger selon la loi et l'équité et le rendent responsable des jugements iniques (3).

(1) Loi des Ripuaires, XXXI, LVIII; Loi des Burgondes, XLIX, Loi des Wisigoths, II, 119; Loi des Alamans, XII, etc.

(2) Loi des Burgondes, XLIX, § 1, LXXXI.

(3) Constitution de Clotaire, ch. 1 et 6; édit de Clotaire II, chap. 12.

L'existence d'une juridiction au profit du comte paraît en harmonie avec la plénitude de ses pouvoirs et avec l'énergie que Clovis et ses successeurs mettent à concentrer tous les pouvoirs aux mains de leurs agents.

Les comtes sont choisis par le roi parmi les hommes libres, sans distinction de race, le plus souvent parmi les Gallo-Romains, dont la culture intellectuelle était une garantie d'aptitude aux fonctions judiciaires. En 614, les évêques et les grands du royaume imposent à Clotaire II le choix des comtes parmi les grands propriétaires du pagus, sous prétexte de donner un recours sur leurs biens en cas de mauvaise administration. C'était une grave erreur d'unir la puissance foncière et l'autorité publique aux mains des mêmes personnages ; cela les portait à abuser de leurs fonctions. D'après les récits des chroniqueurs, les comtes mérovingiens étaient de véritables tyrans ; ils opéraient des arrestations arbitraires, et rendaient la justice aux plus offrants. Les actes des rois mérovingiens prouvent ces abus, par les mesures réitérées qu'ils prennent pour réprimer les écarts dans l'administration de la justice. Clotaire reconnaît aux évêques, assistés d'hommes sages, le pouvoir de réviser les sentences des comtes (1). Clotaire II menace de mort les comtes qui oseraient violer les ordres du roi (2). Childebert II frappe de la même peine ceux qui laissent échapper les voleurs, ou tolèrent les actes de violence commis par les parents ou les amis des accusés pour les soustraire à la justice (3).

(1) Constit. de Clotaire, chap. 6, Boretius, 19.

(2) Décret de Clotaire II, chap. 10. Boretius, 6.

(3) Décret de Childebert II, chap. 6 et 7, Boretius, 16.

Les rois mérovingiens, depuis Clovis, considèrent l'administration de la justice comme une de leurs fonctions essentielles, et ils l'exercent souvent même en personne. Ils s'entourent aussi, comme ils le font pour les affaires politiques, de leur conseil. Le tribunal du roi, le *placitum palatii*, est présidé par le roi, ou par le comte du palais, mais il juge toujours au nom du roi. Ce tribunal est composé par le roi comme il le veut, et les membres peuvent varier pour chaque affaire. On y voit siéger ordinairement des évêques, des *optimates*, des dignitaires du palais, des ducs, des comtes, des *domestici*, des *vassi regales*, des *legis doctores*, des Gallo-Romains comme des Francs. Le nombre élevé des membres, qui atteint parfois jusqu'à cinquante, leur haute dignité ou leur savoir, sont des garanties de compétence et d'impartialité. Sans doute le roi compose-t-il souvent le tribunal en vue de l'affaire à juger : mais cet arbitraire lui permet de donner aux parties leurs pairs comme juges. Par exemple, si le procès concerne un évêque, il appelle d'autres évêques pour l'assister.

Par ailleurs, la justice du tribunal du roi offre aux plaideurs des avantages particuliers. La procédure y est beaucoup moins rigoureuse, sans toutefois que le formalisme en soit entièrement absent, puisque le comte du palais, avant la délivrance de l'ordre d'exécution de la sentence, doit se porter garant de la régularité de la procédure. D'autre part, il constitue une juridiction d'équité, et le roi a le droit d'adoucir la rigueur des lois temporelles.

Le tribunal du roi constituait une juridiction d'exception. Il connaissait de certaines affaires, soit en raison de leur nature, telles que les questions de propriété intéressant

le fisc, soit en raison de la qualité des parties en cause. Il exerçait, d'autre part, un droit de contrôle sur les autres juridictions.

Sa compétence *ratione personae* était étendue et elle nous intéresse particulièrement. Au tribunal du roi sont portées toutes les affaires concernant les hauts fonctionnaires, les comtes, les centeniers, les vicaires : plaintes en abus de pouvoir portées contre eux par des plaideurs, procès intentés ou soutenus par eux en qualité de personnes privées, et où ils ne peuvent être à la fois juges et parties. Il juge aussi les évêques, les causes de ceux qui occupent des charges à la cour.

Les personnes placées sous le *mundium* du roi, veuves, orphelins, établissements ecclésiastiques, ont aussi le droit de demander que les affaires concernant leurs biens ou leurs personnes soient portées directement devant le tribunal du roi. Quant aux antrustions, les actions intentées contre eux étaient d'abord portées devant le comte. On essaya pendant quelque temps de les réserver au tribunal du roi, sous prétexte que les antrustions étaient placés sous la protection spéciale du roi.

Les plaideurs non compris dans ces divers groupes pouvaient se mettre d'accord pour soumettre directement leur contestation au tribunal du roi : nous avons rencontré au Bas-Empire une pratique analogue, contre laquelle des constitutions impériales ont réagi. Dans la période franque, les parties ont pu y être incitées par la crainte d'un adversaire puissant, ou pour bénéficier de juges d'équité, d'une procédure moins rigoureuse. Un Capitulaire de Vernon

de 755 (1) interdit de porter directement les procès devant le tribunal du roi.

Le roi peut aussi évoquer devant son tribunal une affaire pendante devant une autre juridiction, ou l'examiner sur renvoi par un comte, qui se dessaisit d'une affaire jugée par lui trop obscure ou trop difficile. Mais le tribunal du roi n'est pas une véritable juridiction d'appel des justices inférieures. Il statue seulement au nom du pouvoir général de contrôle du roi, sur les plaintes en déni de justice ou en faux jugement, portées contre les rachimbours ou contre le comte.

La fin de la période mérovingienne marque, avec les rois fainéants, un affaiblissement général de l'autorité royale, particulièrement nuisible à l'administration de la justice. Les comtes, puissants propriétaires, oublient volontiers leur qualité de fonctionnaires royaux et jugent à leur guise, sans souci des instructions royales. La charge de rachimbours est lourde pour les populations agricoles, contraintes de quitter leurs travaux pendant les sessions. Les hommes libres, d'ailleurs de moins en moins nombreux, ne viennent plus au mallum. On a peine à constituer les sept rachimbours. A la cour royale même, le roi n'est plus rien. Le maire du palais a usurpé sa place, il rend même la justice en son propre nom.

L'état des mœurs judiciaires, à la fin du VIII^e siècle, nous est révélé par la *Parænesis ad iudices* (2), poème de

(1) Chap. 29, Boretius, p. 32.

(2) MONOD, *Les mœurs judiciaires au VIII^e siècle, d'après la Parænesis ad iudices de Théodulf*, *Revue Historique*, t. XXXV, p. 1 et suiv.

Théodulf, évêque d'Orléans, envoyé comme commissaire royal dans le Midi de la Gaule. Il déclare avoir été épou-
vanté par les abus qu'il a constatés, et il se propose d'incul-
quer aux juges l'esprit d'une bonne justice, en les rappel-
lant à leurs devoirs. Ils doivent choisir judicieusement leurs
assesseurs, appeler d'abord les causes des plaideurs qui ha-
bitent les contrées les plus éloignées, ne pas trop hâter ni
trop retarder la procédure. Les magistrats éviteront de se
laisser corrompre par la faveur, la haine, et surtout la cupi-
dité. Ils ne doivent accepter aucun présent, même ceux
qu'on leur offrirait pour avoir bien jugé.

§ 2. — *L'Epoque carolingienne.*

Charlemagne et ses premiers successeurs ressaisissent
l'autorité et d'importantes réformes de Charlemagne témoi-
gnent son souci d'assurer à tous les sujets une égale justice,
en restituant au pouvoir royal l'autorité judiciaire qui lui
avait échappé. La justice perd son élément populaire, avec
la substitution aux rachimbours des *scabini*. Elle devient
purement royale, exercée par des fonctionnaires soumis au
contrôle du roi, par les tournées régulières des *missi domi-
nici*.

Appuyés par l'Eglise, qui fait de la royauté le soutien de
la paix et de la justice, le protecteur des faibles, des veuves,
des orphelins, des pauvres, les princes rappellent à plu-
sieurs reprises dans leurs capitulaires les fonctionnaires
royaux à l'observation d'une saine justice. Ils leur recom-
mandent d'étudier les lois avec soin, de refuser les présents,
de ne jamais juger par haine ou par faveur, de tenir régu-

lièrement leurs plaids, de renoncer à la chasse et aux plaisirs et de siéger à jeun. Ils les menacent de peines sévères, de destitution, s'ils manquent à leurs devoirs (1). Les rois donnent l'exemple et rendent la justice en personne, à des intervalles réguliers.

Les comtes perdent l'indépendance qu'ils avaient usurpée et sont ramenés à leur rôle de fonctionnaires royaux. Ils sont tenus de prêter un serment spécial de fidélité et sont révocables au gré du roi. Ils sont soumis au contrôle périodique des *missi dominici*.

Ainsi reconstituée, la juridiction des comtes offre assez de garanties pour recevoir une extension de compétence. Des affaires importantes lui sont attribuées : procès relatifs à la propriété des immeubles ou des esclaves ; questions de liberté, affaires criminelles graves et, en raison de la qualité des parties, les procès des vassaux du roi. Le comte peut aussi prononcer le décret de bannissement ou de mise hors la loi contre le condamné contumace, et frapper d'une amende ceux qui lui donnent asile. De même, la violation du ban du comte est sanctionnée par une amende de 60 sous, notamment : pour la poursuite des criminels ; pour assurer la comparution d'un clerc devant le tribunal de l'évêque, ou de certains coupables devant le tribunal du roi, pour empêcher certaines personnes d'en priver d'autres du droit d'agir en justice. Par ces mesures, l'autorité du comte apparaît plus puissante aux populations et est mieux respectée.

(1) Capit. de 755, ch. 25, Boretius, 37; 789, cap. 18, Boretius, 63; 801-814, cap. 4, Boretius, 144; Cap. 801-812, Boretius, 240; 819, cap. 21, Boretius, 291.

Le centenier conserve une juridiction diminuée au profit du comte. D'ailleurs, le plus souvent sans doute nommé par lui, avec un assentiment simplement tacite du peuple, il n'est guère que le subordonné du comte. Il disparaît peu à peu, remplacé par le vicaire, suppléant du comte dans la centaine et plus étroitement soumis à son autorité.

Une autre réforme importante raffermirait la notion de justice royale rendue par des fonctionnaires royaux. Les rachimbourgs, sortes de jurés, choisis dans le peuple pour juger une affaire, sont remplacés par de véritables magistrats permanents, les *scabini*, nommés par le comte et par le peuple, dont le concours est en pratique purement nominal, et à vie, sauf révocation par le comte ou par le *missus*. A leur entrée en fonctions, ils prêtent serment de bien rendre la justice. Ils perçoivent des droits de greffe modiques sur les diplômes qu'ils délivrent, mais il leur est interdit de recevoir des présents. Ils sont choisis parmi les personnes libres et jouissant de la pleine capacité politique, instruites dans les lois, honorables, à l'exclusion des personnes viles et infâmes. Ils peuvent être en même temps notaires, ou même clercs. A cause du principe de la personnalité des lois, encore en vigueur, ils doivent appartenir à la nationalité des plaideurs. Si ceux-ci sont de nationalités différentes, on compose un tribunal mixte de scabins des diverses nationalités. Les plaideurs peuvent d'ailleurs convenir de porter l'affaire devant un tribunal de leur pays (1). Les scabins doivent être au nombre de sept au moins, comme les rachimbourgs, peut-être parfois de douze.

(1) Capitulaire d'Anségise, liv. I § 71.

Les justiciables trouvaient dans les scabins, versés dans la science des lois, rompus par une longue pratique à l'administration de la justice, des juges de profession, soumis au contrôle de leurs chefs, supérieurs aux rachimbourgs, choisis pour une seule affaire, aux hasards de l'assemblée des hommes libres, ignorants du droit et de la procédure. La réforme était d'ailleurs commandée par la difficulté pratique de recruter un nombre suffisant de jurés dans une classe de plus en plus réduite d'hommes libres, qui se dispensaient de venir aux plaids, en raison de la lourde charge qu'entraînait pour eux un déplacement fréquent.

Aussi la création des scabins se rattache-t-elle à la réforme des *placita*. Charlemagne limite à deux par an, puis à trois, le nombre des assemblées auxquelles tous les hommes libres doivent se rendre, sous peine d'amende : ce sont les *placita majora*. Sont seuls dispensés d'y assister : les personnes attachées au palais du roi, celles qui font un voyage lointain ou gardent les frontières et les clercs. Ceux-ci sont dispensés et non incapables d'assister aux plaids, car on relève dans certains plaids généraux la présence d'abbés, de moines et d'évêques.

Dans ces assemblées, législatives et politiques plus encore que judiciaires, les hommes libres, semble-t-il, conservent le droit d'être désignés comme juges, comme instructeurs ou comme témoins, sans monopole des scabins, dans les affaires exceptionnellement portées devant ces assemblées.

L'ensemble des procès sont jugés dans les *placita minora*. Les hommes libres sont dispensés d'y assister, et ils sont tenus par les scabins, en présence des parties et des

témoins. Le comte ou son délégué préside le tribunal et dirige la procédure, ordonne les mesures d'instruction. Mais il ne semble pas participer au jugement, rendu par les scabins seuls ; il prononce seulement la sentence et en assure l'exécution.

La liaison du pouvoir central avec ses fonctionnaires et les populations est assurée par des inspecteurs généraux administratifs, les *missi dominici*. Charlemagne ne crée pas ce rouage, mais le rend régulier et périodique. Les *missi*, au nombre de deux, un prélat ou abbé et un comte, désignés par le roi, pour un an, parcourent quatre fois par an une circonscription fixée par lui, et tiennent des assises, auxquelles doivent assister les évêques, les abbés, les comtes, avec leurs vicomtes, vicaires, centeniers, les premiers scabins, les vassaux du roi et ses avoués. Les *missi* ouvrent des enquêtes sur les abus, entendent les citoyens honorables ; ils recherchent les fautes commises dans l'administration de la justice. Ils tiennent les plaids ordinaires à la place du comte ou du centenier et semblent, d'après un capitulaire de 811 (1), organiser quatre plaids ordinaires en quatre lieux différents, pendant leurs tournées. Remplaçants du roi, ils composent leur tribunal à leur gré et statuent d'après la procédure de la cour du roi, en équité, à l'égard des personnes qui ont le privilège de relever directement de la cour du roi. Les capitulaires leur recommandent de ne pas se substituer sans nécessité aux juridictions ordinaires et leur interdisent de recevoir des présents des plaideurs.

(1) Capit. 811.813, cap. 8., Boretius, 177.

Les *missi dominici* connaissent aussi des plaintes en déni de justice portées contre les comtes, après mise en demeure à trois reprises, en présence de témoins, de connaître du procès. Le *missus* peut statuer lui-même, ou s'installer chez le comte, pour vaincre sa résistance. Mais si le comte réussit à se disculper, le plaignant est condamné à une peine corporelle ou à une amende de quinze sous. Le *missus* paraît aussi, comme représentant du roi, recevoir l'appel pour faux jugement des sentences du comte.

Le tribunal du roi, comme l'affirment les constitutions de Worms de 829, a la plénitude de juridiction. Mais, en fait, il n'examine en premier ressort que certaines affaires, en raison de leur nature ou de la qualité des parties. Il exerce un droit de contrôle général sur l'administration de la justice, rendue par ses fonctionnaires ou même par ceux de l'Eglise.

Fait digne de remarque, nous retrouvons l'empressement des plaideurs à s'adresser directement à l'autorité supérieure, déjà signalé au Bas-Empire, et les capitulaires sont obligés de prendre à plusieurs reprises des mesures pour éviter l'engorgement de la cour du roi. Ils rappellent qu'en principe, celle-ci ne juge pas directement les procès des personnes de condition ordinaire : on devra, décide un capitulaire de Pépin de 754-755, examiner si le plaideur est de condition médiocre, ou *major persona* ; dans le premier cas, la cour ne retiendra pas l'affaire (1). L'encombrement continue sous Charlemagne : il précise que les plaideurs

(1) Cap. 7. Boretius, 32.

ne doivent s'adresser au tribunal du roi qu'après avoir saisi le comte ou le *missus* (1).

Cependant sont réservées au tribunal du roi les affaires criminelles ou civiles intéressant l'autorité ou les biens du roi et les procès où sont parties certains dignitaires, ou des personnes placées sous la protection du roi : actions intentées contre les *missi*, les comtes, les administrateurs de biens royaux ; procès entre grands laïques ou clercs, comtes, évêques, abbés. Des lettres particulières (*indiculi, cartæ mundeburde*) donnent à certaines personnes le privilège d'être justiciables de la cour du roi.

Cette cour examine aussi les dénis de justice des *missi*, ou des évêques à l'égard des clercs, les appels pour faux jugement du comte. L'appel véritable pour mal jugé n'existe pas d'une juridiction à l'autre ; l'appel pour faux jugement suppose une faute du juge : il se fait par un acte solennel, la *blasphematio*, injurieuse pour le magistrat intéressé, et s'il est reçu, rend ce magistrat passible d'une amende. Par une idée déjà rencontrée en droit romain, et qui restreint la liberté des recours contre les jugements, l'appelant qui succombe est tenu de l'amende. Les affaires ainsi venues du dehors étaient instruites par le comte du palais, qui les jugeait ou les renvoyait au roi.

Les rois carolingiens veillent à l'expédition rapide des affaires. Le tribunal du roi tient des audiences régulières, une, deux ou même trois fois par semaine, généralement publiques. L'empereur compose l'assemblée à son gré de personnages de sa cour et s'entoure de conseillers

(1) Capit. de 827, cap. 15. Pertz, *Leges*, 1.352.

juridiques, qui l'éclairent sur les points de droit. Le roi peut juger seul, ou attribuer à ses assesseurs le pouvoir de juger.

En résumé, les premiers rois carolingiens considèrent comme un de leurs devoirs fondamentaux d'assurer aux faibles leur protection et à tout leur peuple une justice égale. Ils ont essayé de réaliser cet idéal par leur propre exemple, par d'incessantes recommandations ou la menace de peines aux juges, dont ils ont fait leurs agents, soumis à leur contrôle direct et aux inspections de leurs *missi*. Ils ont espéré supprimer les abus de la justice mérovingienne, en amenant les comtes sous leur autorité et en substituant à des jurés incompetents un corps de magistrats instruits et de carrière.

§ 3. — *Les immunistes.*

Si la justice devient, avec les rois de la seconde dynastie, un des attributs essentiels de la royauté, un de ceux auxquels ils tiennent le plus, ils n'ont pas cependant réalisé le principe de l'unité de la justice, fonction exclusive de l'Etat, tel qu'il est appliqué en France à l'heure actuelle. Ils ont laissé subsister deux ordres de juridictions, dont le développement ruinera l'autorité royale, et que la troisième dynastie ne réussira qu'à réduire, sans les supprimer : les justices des immunistes et la juridiction de l'Eglise.

L'immunité, dont on trouve des traces nombreuses à partir du règne de Dagobert, est une défense adressée par le roi à ses fonctionnaires, ducs, comtes, vicaires, centeniers, ou autres, d'entrer sur les domaines de l'immunité

pour y percevoir des redevances. Cette mesure a pour objet de protéger l'immunité contre les abus de pouvoir des fonctionnaires : ceux-ci, par exemple, obligeaient certaines personnes à se porter répondants pour autrui, pour garantir la comparution en justice d'un individu qu'ils menaçaient de faire arrêter. Le roi espérait, en même temps, peut-être prémunir sa propre autorité contre les atteintes des comtes, qui, établis au loin, tendaient à se rendre indépendants.

La charte d'immunité n'était donc pas une concession d'indépendance. Elle concentrait, au contraire, l'autorité aux mains du roi, et faisait de l'immuniste son justiciable direct. Mais comme il ne saurait être question de porter les litiges des habitants de l'immunité immédiatement à la cour du roi, l'immuniste les juge, au nom du roi, à la place du comte. Sa justice s'exerce sur tous les habitants du domaine, esclaves, libres ou demi-libres. L'immuniste, ou son délégué, siège entouré de rachimbours ou de scabins de la race des parties. En cas de procès entre un habitant du domaine et un étranger, la justice ordinaire est compétente ; l'avoué de l'immuniste soutient ou représente l'homme du domaine. A partir de Louis le Débonnaire, le tribunal de l'immuniste est même compétent si le défendeur est habitant du domaine.

Le roi exerce son droit de surveillance sur les immunistes ; il recommande aux *missi* de rechercher s'ils rendent bien la justice.

L'avoué, délégué de l'immuniste, est choisi parmi les personnes honorables, par le comte, le *missus* ou le roi. Les immunistes prennent bientôt l'habitude de les désigner

eux-mêmes. Ces *advocati* vont aider les immunistes à affranchir leur justice de l'autorité royale et à l'exercer en leur propre nom. L'usurpation est facilitée par la faiblesse des Carolingiens, l'imprécision, la perpétuité, l'étendue territoriale des chartes d'immunité. Les rois ne sont plus en état d'accorder une protection efficace, même aux personnes de condition modeste, et celles-ci ne demandent plus de chartes de mainbourg. Les immunistes font approuver par le pape des chartes modifiées, excluant le roi lui-même de tout pouvoir sur leurs terres. Les chartes d'immunité ont ainsi été à l'encontre du but visé, et ont soustrait à la justice royale les habitants des domaines immunisés, appartenant à des abbayes, des monastères ou des laïcs.

§ 4. — *La juridiction ecclésiastique.*

Nous avons vu la justice ecclésiastique naître sous l'Empire romain chrétien. L'Etat lui donne son appui pour l'exécution des jugements, mais sauf pendant l'existence éphémère et discutée d'une constitution de Constantin, l'Eglise n'avait en matière temporelle qu'une juridiction arbitrale, subordonnée à l'accord des deux parties. Sous la monarchie franque, l'Eglise se fait reconnaître le privilège de juger les clercs, puis les procès concernant certaines matières.

Le changement est préparé par l'action des conciles. Le troisième concile de Carthage prescrit aux clercs de soumettre à l'évêque leurs différends temporels, et il punit de la déposition le clerc qui a porté une cause devant un tribunal laïque, à moins qu'il ne renonce au bénéfice du procès. D'après le concile de Chalcedoine, les clercs doivent

soumettre leurs différends à leur évêque, ou à des prêtres de leur choix. Si le clerc est demandeur contre un laïque, il ne peut l'actionner que devant la juridiction séculière, mais le concile d'Adge de 506 lui impose, sous peine d'excommunication, d'obtenir une autorisation préalable. Le concile de Tours de 453 exige la même autorisation du clerc défendeur appelé par un laïc devant la juridiction laïque, et le troisième concile d'Orléans, en 538, impose la nécessité de l'autorisation même au laïc demandeur.

Ces prescriptions d'ordre disciplinaire sont transformées en loi par Clotaire II, dans une constitution de 614. Il reproduit d'abord et consacre la défense faite aux clercs de se présenter devant le juge civil sans l'autorisation de l'évêque. En matière civile, si le procès a lieu entre deux clercs, il réserve la compétence à la juridiction ecclésiastique : c'est-à-dire l'évêque, ou, si la contestation s'élève entre deux évêques, au métropolitain ou à un synode des évêques de la province.

Si le procès s'élève entre un clerc et un laïque, il est porté devant un tribunal mixte, composé mi-partie de clercs, mi-partie de laïques, sous la présidence du *judex publicus*, le comte ou le vicarius.

Le concile de Paris revendiquait aussi la juridiction de l'Eglise pour les causes des affranchis, et le concile de Macon pour celles des veuves et des orphelins. L'édit de Clotaire II ne parle pas de ces deux derniers groupes ; pour les procès des affranchis, il permet seulement à l'évêque ou à son représentant de se joindre au comte.

En matière criminelle, l'accusé clerc est jugé par l'évêque, sauf le cas de flagrant délit ; les diacres et prêtres,

même dans ce cas, sont jugés par l'évêque. Les clercs sont jugés par les tribunaux ecclésiastiques, suivant les canons de l'Eglise. Le comte intervient seulement pour l'application des conséquences civiles de la condamnation.

La constitution de Clotaire II ne restreint le pouvoir d'arrestation et de jugement des clercs qu'aux dépens des juges ordinaires. Le roi, ou le *missus*, conserve donc le droit de poursuivre les clercs. Les évêques, dès avant 614, ne pouvaient être jugés que par un synode ; mais après condamnation, le roi s'attribuait le droit de leur infliger des peines pécuniaires.

La constitution de 614 ne paraît pas avoir été rigoureusement observée, car les capitulaires carolingiens renouvellent la prohibition pour les clers, séculiers et réguliers, de se présenter devant les tribunaux laïques sans autorisation de l'évêque ou de l'abbé. D'autres défendent en termes absolus aux clercs de prendre part à un titre quelconque aux plaids séculiers ; deux capitulaires de 789 et de 794 (1) attribuent directement compétence aux tribunaux ecclésiastiques pour les contestations civiles entre clercs. L'évêque est compétent entre deux clercs. Les procès entre évêques et abbés sont portés devant l'empereur, comme ceux de tous les grands.

Entre clerc et laïc, si ce dernier refuse la compétence de la juridiction ecclésiastique, on constitue un tribunal mixte, composé de l'évêque et du comte (2). L'édit de Pistes attribue au tribunal du roi le litige d'un laïc contre un évêque.

(1) Cap. de 789, cap. 28. Boretius, 56; Capit. de 794, cap. 30, Boretius 77.

(2) Capit. de 794, cap. 30, Boretius, 77.

Entre laïcs, le *communis consensus* est nécessaire pour saisir la justice d'Eglise.

La compétence *ratione materiae* de la justice ecclésiastique n'apparaît pas encore dans la constitution de 614. Childebart II décide cependant, en 596, que les unions incestueuses doivent être condamnées par l'évêque (1). Sous les Carolingiens, cette compétence apparaît peu à peu, mais ne prendra son développement que sous la féodalité.

La justice d'Eglise, sous les Carolingiens, constitue cependant déjà, en face des justices royales, une juridiction fort importante. Le « privilège du for » au profit des clercs s'affermirait. Il englobe, peu à peu, toutes les personnes placées *in mundio Ecclesiæ*, veuves, orphelins, la plupart des affranchis. Certes c'est une juridiction d'exception, au profit d'une catégorie de personnes, d'une classe sociale. Cependant on ne peut dire que l'égalité des plaideurs se trouve rompue et que les juges d'Eglise rendent une justice de caste. Les laïcs eux-mêmes ont la faculté de choisir cette juridiction, soit en face d'un clerc, soit en face d'un laïc, si tous deux sont d'accord. Spontanément, les laïcs se tournent volontiers vers cette justice, où ils trouvent plus de garanties d'impartialité qu'au *mallum* du comte. Les juges d'Eglise sont plus instruits, plus éclairés. L'évêque, juge de droit commun, se fait souvent remplacer par ses archidiacres, vicaires généraux inamovibles ; dans l'exercice permanent de la justice, ils acquièrent une compétence incontestable et finissent même par se faire reconnaître une juridiction propre, après l'avoir usurpée. Les vicaires

(1) Boretius, 15.

épiscopaux révocables, qui les remplacent, ont le même caractère de juges permanents.

D'autre part, les juges d'Eglise appliquent le droit romain qui déjà, sous le régime de la personnalité des lois, régit les clercs, quelle que soit leur origine. C'est un droit plus complet, plus savant, moins brutal que les lois barbares, et c'est un autre avantage de la justice ecclésiastique.

En outre, la juridiction ecclésiastique est hiérarchisée et admet l'appel du juge inférieur au juge supérieur, de l'archidiacre à l'évêque, de l'évêque au métropolitain, et du métropolitain au tribunal du roi, au pape ou au primate, suivant des opinions divergentes. Les *missi* exercent un droit de surveillance sur les évêques, même au point de vue de la juridiction.

Enfin la procédure des tribunaux d'Eglise paraît dégagée du formalisme compliqué et arbitraire des autres tribunaux. Elle est généralement très simple et inspirée du droit romain. Le demandeur assigne le défendeur par un libelle écrit. L'accusateur en matière criminelle doit le signer et risque la peine du talion, ce qui évite les abus. Les excommuniés, les esclaves, les affranchis, les infâmes ne peuvent agir au criminel. La preuve par témoins n'est pas entravée par le formalisme. On écarte le témoignage des domestiques, des mineurs de 14 ans, des individus privés du droit d'accuser. Le faux témoin commet le crime de Judas (1). Sous les Carolingiens, les témoins synodaux, choisis par l'évêque parmi les personnes recommandables de la circonscription, sont chargés de rechercher en tous

(1) Décret de Gratien, pars II, caus. II, quaest. 3, 6, 83.

temps les délits des clercs et des laïcs, et de les signaler le jour du synode.

Les tribunaux ecclésiastiques recourent, il est vrai, au jugement de Dieu et aux épreuves préparatoires, que l'Eglise entoure de la pompe religieuse : ces moyens de preuve étaient très populaires. Mais l'Eglise écarte le duel judiciaire, au moins quand les deux plaideurs sont des clercs ; elle les renvoie alors au comte. Les conciles et les papes condamnent le duel judiciaire et les épreuves.

L'Eglise reconnaît la supériorité du serment, plus noble et moins brutal que les épreuves, « d'autant plus que celles-ci devaient assez souvent tourner en faveur des laïques contre les clercs, dans les procès qui pouvaient s'élever entre eux, car les laïques étaient en général plus adroits et plus forts que les clercs » (1). Le serment est confirmé par sept cojureurs pour les prêtres, trois cojureurs pour les diacres.

Toutes ces causes de supériorité devaient déterminer une extension spontanée de la juridiction d'Eglise, à l'égard des laïcs et préparer ainsi sa compétence *ratione materiae*, indépendante de la qualité des personnes, en des matières considérées comme touchant à la religion. Son développement a été favorisé enfin par l'existence des privilèges d'immunités, qui conféraient à nombre d'évêques et d'abbés la juridiction temporelle sur leurs tenanciers. Placées dans les mêmes mains, les deux juridictions pouvaient être aisément confondues en fait, et elles profitèrent l'une de l'autre pour s'étendre.

(1) GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 679.

CHAPITRE II

La Période Féodale

Dès la période de la monarchie franque, nous avons vu fonctionner, à côté des juridictions royales, une justice d'Eglise, puis, à l'abri des chartes d'immunités et des usurpations, les justices des comtes s'efforcer de s'arroger un pouvoir propre de juridiction. A l'apogée de la féodalité, l'unité de la justice est complètement brisée : la justice du roi est réduite au minimum ; en face de l'autorité royale amoindrie, les anciens immunistes, devenus les seigneurs, exercent maintenant la souveraineté féodale, dont la justice est un attribut essentiel ; les cours d'Eglise profitent aussi de la carence du pouvoir royal pour développer leur compétence ; enfin, en réaction contre les seigneurs, plus que contre la royauté, les communes affranchies ont un pouvoir de justice plus ou moins étendu.

Section I. — LES JUSTICES SEIGNEURIALES

Les justices seigneuriales sont les plus importantes, et les juridictions de droit commun. Cependant, même dans ce domaine, l'unité judiciaire n'est pas réalisée. Il faut, en effet, tenir compte, d'une part, de la complexité de la hié-

rarchie féodale et, d'autre part, de la condition différente des personnes sous ce régime.

Tout d'abord, si la féodalité se caractérise par un démembrement de la souveraineté, qui s'attache à la propriété foncière, le *jus judicandi* n'est pas nécessairement attaché à la possession de tout fief, et tout seigneur féodal n'est pas nécessairement justicier. Cette thèse est, il est vrai, très controversée. Dans certaines régions, tout fief entraîne la justice et même la haute justice, et l'on dit par exemple en Beauvoisis, en Bretagne, que « fief et justice sont tout un ». Mais ce système semble particulier à certaines régions et ne doit pas être généralisé (1). Les Etablissements dits de Saint Louis distinguent la justice et le fief et prévoient deux hypothèses : un baron peut très bien posséder un fief dans la baronnie d'un autre seigneur, et n'avoir sur ce fief, ni la grande, ni la petite justice, qui appartiennent au second baron ; un vassal peut tenir sa terre en fief d'un seigneur, et ce fief être situé dans la châtellenie d'un autre seigneur. Dans ces régions, on dit que « fief et justice n'ont rien de commun ». Il y a bien une justice inséparablement attachée au fief, appelée la justice foncière, mais c'est seulement un droit de contrainte pour obtenir le paiement des redevances féodales.

D'autre part, la compétence varie avec la nature du procès. D'après Beaumanoir (2), les demandes personnelles et mobilières doivent être adressées au seigneur chez qui le

(1) Contra : FLACH, *Origines de la France seigneuriale*, I, p. 212 et suiv.

(2) BEAUMANOIR, ch. VI, n° 18 et 33. Cf. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. II.

défendeur est « tenant et couchant ». Quant aux procès relatifs à la tenure, on s'adresse au seigneur de qui l'héritage est « mouvant ». Mais c'est peut-être là moins une distinction de justice que de compétence relative, analogue à celle du Code de procédure civile, qui, suivant la nature des litiges, en attribue la connaissance au tribunal de la situation des biens ou à celui du domicile du défendeur. Dans l'opinion d'Esmein, les deux thèses peuvent se concilier par une distinction entre la justice seigneuriale et la justice féodale. La justice féodale résulte des contrats féodaux et des liens créés entre les hommes par les tenures. Elle appartient à tout possesseur de fief dans l'étendue de ses terres. Elle lui donne compétence exclusive pour tous les litiges, mais ceux-là seuls, auxquels donne lieu la tenure, mais la tenure féodale seulement. Quant à la compétence générale et absolue, elle n'appartient au seigneur du fief, en tant que justice féodale, que sur le vassal à lui lié par l'hommage-lige.

Au contraire, la justice seigneuriale donne au seigneur le droit de juger tous ceux qui habitent dans un certain rayon, le territoire ou le « détroit de sa justice ». Elle est bien rattachée le plus souvent à une terre, mais elle n'appartient pas à tout possesseur de fief ; elle est un démembrement inféodé de la puissance publique, dévolu aux seigneurs justiciers seulement (1).

Ce départ de deux justices, c'est déjà une rupture singulière de l'unité de juridiction et, sur un même fief, on peut voir la justice rendue au nom de deux seigneurs diffé-

(1) ESMEIN, *Cours élémentaire d'Histoire du Droit*, p. 293 et suivantes.

rents, comme le montrent les hypothèses présentées par les Etablissements dits de Saint Louis.

L'unité est encore rompue par la distinction de deux degrés dans la juridiction : la haute et la basse justice. Au seigneur haut justicier sont réservées les causes civiles et criminelles les plus importantes : accusations criminelles entraînant une peine afflictive ; procès civils où peut intervenir le duel judiciaire. La basse justice comprend les procès civils minimes et les délits ruraux. Au XII^e siècle, on crée un degré intermédiaire, la moyenne justice, en ajoutant quelques affaires à la basse justice. Ces distinctions dépendaient de la charte de concession du droit de justice. Quoi qu'il en soit, il peut arriver que dans le même lieu, un seigneur ait la haute justice, et un autre la basse justice.

Supposons tranchée cette question de la compétence. L'affaire a été portée devant le seigneur qui, d'après ses prérogatives et d'après la nature du litige, a qualité pour en connaître. L'organisation du tribunal et la procédure à suivre ne vont pas être uniformes, mais diffèrent suivant la condition juridique du défendeur, homme de fief ou roturier.

D'après un principe essentiel du droit féodal, le vassal a le droit d'être jugé par ses pairs : le tribunal est composé d'un certain nombre de vassaux, dépendant du même seigneur, et ce sont eux qui font le jugement. Le seigneur préside sa cour, ou la fait tenir par un prévôt ou un bailli nommé par lui ; mais ce sont les pairs qui jugent ; le seigneur ou le bailli a seulement pour rôle de présider et de prononcer la sentence. Le seigneur et le vassal ont des droits et des devoirs réciproques. Tout vassal doit le service

de justice ; il est tenu de se rendre à la cour du seigneur, dès qu'il y est appelé, soit pour y remplir les fonctions de juge, soit pour y être jugé ; de son côté, le seigneur est obligé de lui rendre cette justice, et de garnir la cour d'un nombre suffisant de pairs. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de convoquer tous les vassaux pour juger l'affaire d'un vassal : le service de cour serait trop lourd, en raison de la difficulté des communications, et il est très périlleux, par la responsabilité qu'il entraîne. Le nombre de vassaux nécessaire est fixé par la coutume à quatre, trois, deux quelquefois. Mais chaque seigneurie constitue une unité judiciaire fermée : un seigneur ne peut pas, sous prétexte qu'il est à la foi seigneur de deux baronnies voisines, appeler les chevaliers de l'une devant la cour de l'autre. Si le seigneur n'a pas assez de vassaux pour former sa cour, il doit en emprunter à son propre seigneur, ou même lui renvoyer l'affaire (1). Lorsque l'affaire vient pour la troisième fois devant la cour sans pouvoir être jugée, le vassal a le droit de s'adresser au suzerain de son seigneur, pour se faire dégager de toute obéissance.

Lorsque, dans le fief, on distingua la jouissance, grevée du service militaire, et le domaine, on admit sans difficulté la concession ou la transmission d'un fief à une femme. La « dame de fief » exerce les droits et remplit les devoirs féodaux : elle rend la justice et siège comme pair dans la cour de son seigneur.

Le droit d'être jugé par ses pairs appartient au vassal, non seulement quand le demandeur est un autre vassal, ou

(1) BEAUMANOIR, chap. LXII, n° 11 et 12.

un individu étranger au groupe féodal, mais même lorsque la demande est intentée par le seigneur lui-même, à raison du fief et des obligations qui en découlent. C'est même dans cette hypothèse que le jugement par les pairs constitue pour le vassal la plus précieuse garantie d'impartialité.

Le devoir d'hommage et de fidélité n'interdit pas au vassal d'appeler son seigneur en justice, mais il est tenu d'observer des formes particulières et des délais spéciaux, de quinze ou de quarante jours (1). Il ne peut l'assigner que si le seigneur a méfait à son égard, depuis l'hommage prêté, à l'occasion du fief ou des choses qui en dépendent. Mais le vassal doit saisir de tout procès, même contre le seigneur, la cour de celui-ci, et non un seigneur supérieur : sinon, il encourrait une amende, et son suzerain immédiat pourrait réclamer l'affaire pour sa cour.

C'est d'ailleurs une affaire grave de la part du vassal d'intenter un procès à son seigneur : s'il succombe, il perd son fief ; cette sanction doit le faire hésiter et restreint fort sa liberté d'agir en justice. La sanction est, il est vrai, la même contre le seigneur qui succombe dans un procès contre son vassal, ou qui commet un faux jugement à son égard.

A la différence du noble, de l'homme de fief, le roturier n'a pas droit au jugement par ses pairs, qu'il s'agisse de la justice seigneuriale ou de la justice féodale. Suivant les régions, le litige est alors tranché soit par les hommes de fief, comme pour un vassal, soit par le bailli seul ; mais sans doute par une tradition dérivée du système des ra-

(1) *Livre de Jostice et de plet*, p. 332.

chimbourgs et des scabins, le juge consulte, avant de statuer, les hommes notables et sages de l'assistance, c'est-à-dire, en fait, les praticiens de profession, sans être obligé semble-t-il, de suivre leur avis.

Ainsi le roturier est privé de la sérieuse garantie du jugement par les pairs, et il est à la merci des hommes de loi. Cependant on rencontre des extensions localisées et exceptionnelles de ce système aux roturiers, soit en vertu d'une charte concédée par le seigneur, soit en vertu d'une coutume, instituant un tribunal composé de roturiers habitant la même seigneurie, par exemple, d'autres tenanciers, pour les questions de tenures. Enfin l'acquisition d'un franc fief par un roturier le rend justiciable de la Cour des pairs, pour les causes relatives à cette tenure, avec les privilèges de procédure attachés aux litiges concernant les fiefs. La qualité de la terre l'emporte ici sur la qualité de la personne ; inversement, un gentilhomme possesseur d'une censive est, à cet égard, traité comme un vilain.

Quant au serf, pendant la première partie du moyen-âge, il n'a accès que devant la juridiction domestique de son seigneur ; devant les autres juridictions, il est représenté par son maître (1). Certains serfs essayaient d'échapper à cette juridiction domestique, qui ne leur donnait aucune garantie, en se déclarant hommes libres. Plus tard, les serfs furent admis devant les autres juridictions, mais sans pouvoir employer le duel judiciaire, ni être témoins, sauf dans les procès entre serfs, ou en vertu d'une concession à titre de privilège. Certaines coutumes subordonnent

(1) FLACH, *Les origines de l'ancienne France*, p. 257 et suiv.

même à un acte de concession du souverain le droit des serfs d'actionner en justice une franche personne (1).

L'inégalité des justiciables se manifeste dans la procédure, aussi bien que dans l'organisation du tribunal seigneurial. Le noble ne peut être assigné régulièrement que par un de ses pairs ; le roturier est valablement appelé par un sergent. Le noble a quinze jours pour comparaître ; le vilain est tenu de se présenter le jour même, à cause des égards qu'il doit au seigneur (2). Dans le Beauvoisis, lorsqu'un débiteur reçoit commandement de payer sa dette, il a sept jours, s'il est coutumier, quinze jours, s'il est gentilhomme (3).

Le noble peut constituer procureur, s'il est défendeur, sans permission du seigneur justicier ; il en est de même des femmes ; au contraire, Beaumanoir exige cette autorisation pour les « hommes de poeste » (4).

D'autres différences importantes se marquent encore pour le duel judiciaire et l'appel de faux jugement.

Devant les justices seigneuriales, la procédure était orale, formaliste et brutale. Les formules étaient arrêtées d'avance pour chaque demande et pour chaque réponse, ce qui multipliait les causes de nullité. Le système des preuves légales comportait les jugements de Dieu par le feu et par l'eau, et le duel judiciaire, avec gages de bataille, devant la cour du seigneur immédiatement supérieur. Le duel judiciaire pouvait avoir lieu soit entre les parties, soit

(1) BOUTILLIER, *Somme rurale*, I, 9, p. 42.

(2) BOUTILLIER, *op. cit.* livre I, titre III.

(3) BEAUMANOIR, tome I, p. 86, ch. III, n° 31.

(4) BEAUMANOIR, tome I, p. 86, ch. III, n° 31.

en cas de fausseté de témoignage ou de jugement, entre une partie et un témoin ou un juge. C'était un procédé de solution primitif et injuste, car il assurait le succès au plus fort ou au plus adroit, sans se soucier de l'inégalité physique. Mais de plus, les armes du duel judiciaire n'étaient même pas égales. Les gentilshommes combattent à cheval et équipés en guerre ; les vilains se battent entre eux à pied et avec des bâtons. Si un gentilhomme est demandeur contre un vilain, il doit combattre à pied et avec un bâton, comme le vilain ; si c'est le vilain qui est demandeur, le vilain combat à pied avec son bâton contre le gentilhomme à cheval, et revêtu de son armure (1). C'est rendre le duel, et le procès même, impossible.

Inversement, si les peines corporelles sont les mêmes, au moyen-âge, l'amende est plus forte pour le noble que pour le roturier ; elle est du double, pour l'amende légère, de vingt fois plus, pour la peine grave ; si elle atteint 60 sous pour le roturier, l'amende est remplacée pour le noble par la confiscation de ses meubles (2).

Une dernière inégalité fort importante entre les nobles et les roturiers concerne l'appel de faux jugement. La justice seigneuriale, au début du moyen-âge, décide en dernier ressort : l'appel, au sens moderne, y est inconnu. Mais deux institutions particulières au droit féodal sanctionnent le déni de justice et le mauvais jugement. Lorsque le seigneur refuse d'accueillir l'action d'un demandeur, celui-ci peut saisir le seigneur immédiatement supérieur de ce déni de

(1) BEAUMANOIR, chap. IV, N° 3, 31, I, p. 86 ; chap. LXI, n° 7, II, p. 378.

(2) *Etablissements de Saint-Louis*, livre I, chap. 54, 107 et 158.

justice, contraire aux obligations du suzerain ; son appel est-il repoussé, il peut remonter au degré supérieur, et ainsi de suite, en suivant la hiérarchie, jusqu'au souverain. La procédure ne comporte pas la provocation au duel judiciaire. Si l'appel réussit, le vassal est délié de ses obligations envers son suzerain, et devient le vassal du seigneur supérieur ; s'il est roturier, le seigneur perd son droit de justice sur lui.

L'appel de faux jugement n'est pas ouvert, comme l'appel de défaut de droit, aux roturiers comme aux nobles : c'est un privilège réservé à ceux qui ont droit au jugement par les pairs. Cet appel est une sorte de prise à partie, qui attaque non seulement le jugement, mais le juge : l'appelant ne prétend pas seulement qu'il a mal jugé, mais qu'il a mal jugé sciemment, commis volontairement une faute grave, une injustice ou une prévarication. L'appelant provoque le juge en combat judiciaire, et c'est l'issue de ce combat qui décide si le jugement est confirmé ou cassé. Le faussement peut également être exercé contre un témoin, suivant la même procédure. L'exclusion de l'appel de faux jugement prive les roturiers d'une garantie d'autant plus utile à leur égard, qu'ils ne bénéficient pas du jugement par leurs pairs. L'infériorité où ils se trouvent dans le duel judiciaire se reproduirait, il est vrai, à l'occasion de cet appel.

Section II. — LA JURIDICTION ECCLÉSIASTIQUE

Pendant la période d'épanouissement de la féodalité, les justices seigneuriales constituent le droit commun et pre-

nent le pas sur la justice royale. Cependant l'unité de la justice, déjà compromise au sein du domaine féodal, par l'enchevêtrement de la hiérarchie des personnes et des terres, subit encore une autre atteinte considérable : en face des juridictions seigneuriales, la juridiction ecclésiastique se réserve la compétence concurrente, à l'égard de certaines personnes, ou sur certaines matières, et cette rupture de l'unité judiciaire s'accuse de plus en plus, au cours de cette période, par l'extension croissante de cette compétence de la justice d'Eglise, qui atteint son apogée au XII^e siècle.

Au sein même de l'Eglise, la justice n'apparaît pas avec une parfaite cohésion. C'est que la féodalité a réagi sur elle et, au point de vue judiciaire, elle apparaît tantôt comme puissance seigneuriale, tantôt comme puissance d'Eglise proprement dite. Dans la période franque, nous avons vu l'Eglise, favorisée par les rois, participer à l'administration et bénéficier des immunités. Elles donnent naissance, au profit des évêques et des abbés, comme des comtes, à une juridiction seigneuriale. Comme le droit canonique interdisait aux clercs le prétoire et la guerre, les rois francs avaient déjà obligé les monastères à se choisir un mandataire, qui était à la fois le chef militaire du couvent, son protecteur, son représentant en justice. Du IX^e au XII^e siècle, ces avoués réussissent, comme les comtes sous les derniers Carolingiens, à se constituer en fiefs héréditaires et à s'attribuer un droit propre de juridiction. Les laïques et les abbés finissent, au XIII^e siècle, par se débarrasser de ces dangereux protecteurs, et par leur substituer, comme les autres seigneurs, des baillis ou prévôts, plus subordonnés.

Quoi qu'il en soit, l'avoué, puis le prévôt, rend la justice féodale au nom de l'évêque ou de l'abbé, aux vassaux, aux tenanciers, aux serfs, aux habitants du domaine seigneurial, suivant les distinctions de compétence et les règles de procédure exposées au chapitre précédent. Les vassaux sont jugés par une cour de pairs. Pour les serfs, le seigneur ecclésiastique charge un curé ou un moine de trancher leurs litiges, seul et sans assesseur laïque ou ecclésiastique, à charge d'appel à l'évêque ou à l'abbé. Le droit appliqué est la coutume locale. La procédure est celle des cours féodales ; elle comporte le duel judiciaire, ou, de préférence, les ordalies, qui ne font pas verser le sang. Les seuls recours sont l'appel de défaut de droit et l'appel de faux jugement, et ils sont portés devant le supérieur féodal, qui peut être un suzerain d'Eglise ou laïque.

Mais à côté de cette juridiction, simple application de la justice féodale, l'Eglise développe sa juridiction proprement ecclésiastique, grâce à un ensemble de circonstances favorables. C'est avant tout, l'affaiblissement du pouvoir civil, qui encourage les empiètements de souveraineté de l'Eglise, comme des seigneurs. Ceux-ci mêmes ne tiennent à la justice qu'à raison des profits pécuniaires, amendes et confiscations et, tant que l'Eglise ne les concurrence pas sur ce terrain, ils voient sans jalousie ses empiètements. Les premiers Capétiens eux-mêmes contractent alliance avec l'Eglise et, en retour de l'appui qu'elle prête à la nouvelle dynastie, la protègent contre les abus et l'arbitraire des seigneurs féodaux. Fortement hiérarchisée, appuyée sur les bases inébranlables de son dogme et de sa morale, l'Eglise a eu l'heureuse fortune de se trouver à trois reprises en

présence d'une société en décadence, au Bas-Empire, puis sous les dynasties mérovingienne et carolingienne (1). Ayant seule la notion de l'Etat, avec sa forte organisation, elle apparaît comme le représentant de l'ordre et de l'autorité, dans les périodes de déliquescence de la souveraineté publique. Elle jouit d'un immense ascendant sur le peuple, qu'elle protège contre l'arbitraire des comtes, qui cherchent à se rendre indépendants, contre les grossièretés et les injustices des seigneurs et des fonctionnaires.

A toutes ces causes générales d'influence prépondérante de l'Eglise, qui n'expliquent pas seulement son influence morale et civilisatrice, mais son action sur la souveraineté temporelle, et notamment l'extension de sa juridiction, il convient d'ajouter, dans ce domaine particulier, l'incontestable supériorité de la justice d'Eglise sur la justice seigneuriale. Si l'Eglise n'a cessé, jusqu'au XII^e siècle, d'empiéter sur la compétence des autres juridictions, elle y a été aidée par les justiciables eux-mêmes. Si le privilège du for au profit des clercs s'était déjà affermi sous les Carolingiens, entre laïcs ou si le défendeur est laïc, la compétence de l'évêque demeurait facultative. Mais la supériorité de la justice d'Eglise fait généralement opter pour elle les plaideurs ; elle conduit même à usurper la qualité de clerc pour bénéficier de cette juridiction. Ainsi l'extension de la juridiction d'Eglise est soutenue par l'opinion publique.

Ses avantages sur les justices seigneuriales et royales sont, en effet, considérables, et les anciens auteurs ont soin

(1) GLASSON, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, tome V, p. 165.

d'établir le parallèle, pour permettre aux plaideurs, dans les cas où ils ont le choix entre juridiction laïque et juridiction d'Eglise, d'exercer leur option en connaissance de cause.

Tout d'abord, si l'on élimine les justices d'Eglise d'ordre seigneurial, la juridiction d'Eglise présente une unité qui manque à la justice féodale : il n'y a plus ici, dans la compétence, de distinctions entre la justice seigneuriale et féodale, entre la haute et la basse justice, mais il y a un juge de droit commun, l'évêque. La composition du tribunal ecclésiastique ne varie pas suivant la qualité des personnes, vassaux, roturiers ou serfs. L'évêque juge, soit en personne, soit dans le synode diocésain, soit avec le concours de quelques clercs. Le plus souvent, il se fait représenter par l'archidiaque, qui ne tarde pas à acquérir par empiètement et prescription une juridiction propre, d'un degré inférieur ; puis, en raison de la multiplicité des affaires et de la procédure savante et compliquée, par un official, révocable à son gré. Le concile de Latran (1215) rendit cet usage obligatoire. Les officiaux principaux finirent, comme les archidiacres, par obtenir une juridiction propre, d'ailleurs parfois contestée. L'official forain resta un délégué de l'évêque, avec compétence limitée aux affaires les moins importantes, ou à une partie du diocèse.

Par son personnel, par sa procédure, par ses recours, la juridiction ecclésiastique donne aux plaideurs des garanties de savoir et d'impartialité qui leur font défaut devant les justices seigneuriales. Devant la cour féodale, le vassal trouve une sécurité dans le jugement par ses pairs ; mais les roturiers et les serfs ne l'ont pas, à moins d'une conces-

sion bienveillante du seigneur ou d'une coutume exceptionnelle. Les vassaux eux-mêmes sont plutôt des soldats que des juristes ; ils connaissent mal les subtilités du droit et de la procédure. Le choix de l'official est, au contraire, subordonné à des conditions d'aptitude. L'official principal doit être un clerc, âgé de vingt-cinq ans au moins, avoir étudié le droit et présenter des garanties de moralité. Laïcs, serfs, mineurs de 25 ans, insensés, sont incapables ; ceux qui ont subi une condamnation pénale sont indignes. À partir du XIV^e siècle, les officiaux doivent être pourvus de titres universitaires. Avant d'entrer en fonctions, l'official prête serment de rendre la justice avec intégrité.

Ces connaissances juridiques sont indispensables à des juges qui vont appliquer la procédure romaine et canonique, le droit romain et le droit canonique appris dans les universités, procédure savante et raisonnable, et non plus formaliste et brutale. L'Eglise n'a jamais admis le duel judiciaire, si matériel et si inégal entre les parties, dans ses juridictions non seigneuriales ; au début du XIII^e siècle, le concile de Latran condamne les autres jugements de Dieu. La procédure écrite, à peu près inconnue dans les autres juridictions, est la règle devant l'official et les enquêtes mêmes ont lieu par écrit, tandis qu'elles peuvent être orales devant les cours laïques. Or les écritures donnent à la procédure une plus grande fixité. Autre avantage : les duplicques, triplicques et les demandes reconventionnelles, qui permettent de gagner du temps, en réunissant deux procès, sont inconnues des justices laïques et permises devant les cours d'Eglise. Les officialités ne siègent pas les jours de fêtes religieuses, pendant la moisson et les vendanges, sauf

renonciation des plaideurs à ce bénéfice, établi dans l'intérêt privé. Une sanction grave assure au débat le caractère contradictoire : celui qui fait défaut encourt l'excommunication ; devant la juridiction laïque, le défendeur peut sans danger ne pas se présenter, s'il s'estime assigné à tort. En cour laïque, les dépens n'existent qu'à titre exceptionnel ; en cour d'Eglise, ils sont de droit commun et supportés par le perdant.

Dans les justices d'Eglise, la représentation a toujours été admise, sans être obligatoire, tandis qu'il a été longtemps interdit de plaider par procureur en justice laïque. Les procureurs devant les cours ecclésiastiques sont de véritables professionnels, érigés en corporations. L'excommunié, qui n'a pas l'accès de la cour, ne peut ni se faire représenter, ni être procureur. Le procureur du défendeur doit fournir la caution *judicatum solvi*, qui garantit le maintien de la représentation du défendeur jusqu'à la fin du procès, et l'exécution de la sentence.

Il existe aussi, auprès des tribunaux ecclésiastiques, des corporations d'avocats, qui, en dehors des plaidoiries, rédigent la demande en justice et les actes les plus importants de la procédure, et surveillent les procès-verbaux dressés par les notaires au cours de l'instruction. Pour pouvoir être avocat, il faut avoir étudié le droit civil et le droit canonique pendant trois ans au moins ; sont incapables d'exercer cette profession les femmes, les serfs, les excommuniés, les infâmes. Les prêtres ne peuvent plaider que pour l'Eglise et les pauvres, et gratuitement. Certains con-

ciles ont réglé les honoraires des avocats, pour empêcher les abus (1).

L'avocat est aussi appelé souvent par le juge à siéger comme assesseur, dans les affaires où il n'a pas de partie en cause ; il est tenu de donner son avis, qui ne lie pas le juge. De même, sur la demande des parties, un assesseur, jurisconsulte laïque, donne, moyennant salaire, un avis, que l'official n'est pas tenu de suivre ; il peut y avoir plusieurs assesseurs dans un même procès.

Le développement de la procédure écrite donne naissance à un personnel de fonctionnaires auprès des cours d'Eglise : scelleur, qui appose le sceau de l'officialité sur les actes, pour leur donner l'authenticité, et perçoit les droits de sceau ; *receptor actorum*, qui dresse des actes et en délivre expédition, moyennant le paiement de certains droits ; *registrator*, qui dresse la liste des condamnés à l'excommunication, à l'amende, etc. ; notaires, qui dressent les actes du procès, font une partie de l'instruction, les significations ; exécuteurs ou huissiers. Enfin les promoteurs, à partir du XIV^e siècle, défendent les intérêts de l'évêque, protègent les veuves et les orphelins.

L'inconvénient de l'augmentation du personnel subalterne est d'augmenter les frais. Mais c'est la rançon inévitable des avantages de sécurité et de précision de la procédure écrite. Les conciles de Paris, de Rouen, de Toulouse, au début du XIII^e siècle, prescrivent à l'official de rendre la

(1) Par exemple, le concile de Lyon de 1274, canon 19, LABBÉ, XI, 1410.

justice gratuitement. Il touche souvent un salaire spécial, mais qui lui est versé par le prélat.

Enfin les justices d'Eglise offrent aux plaideurs sur les justices seigneuriales le précieux avantage de recours rationnellement organisés. L'official peut revenir sur son jugement, en cas d'erreur ; le juge laïque ne le peut que s'il a été victime d'une fraude. L'appel, emprunté au droit romain, est facilité par la hiérarchie de l'Eglise. Il n'est pas limité au déni de justice, comme l'appel de défaut de droit, pour les roturiers ; il ne met pas en cause la personne du juge, mais la sentence ; il n'est pas réglé par une procédure barbare, inégale et irrationnelle, comme l'appel de faux jugement, mais suivant une procédure comparable à celle du premier degré. Les parties trouvent en appel la même organisation judiciaire et les mêmes garanties de procédure qu'en première instance. L'appel est donc bien un second examen sérieux de l'affaire au fond.

L'appel des sentences d'Eglise suit la hiérarchie ecclésiastique, comme les recours contre les jugements des seigneurs suivent la hiérarchie féodale. Il se fait de l'archidiacre à l'évêque, de l'évêque à l'archevêque, de l'archevêque au primate, du primate au pape. Les archevêques ou leurs officiaux essayèrent même souvent de supprimer la juridiction des évêques, en accueillant l'appel direct des archidiacres devant eux, surtout lorsqu'ils étaient légats du pape. Mais pour ne pas compromettre la hiérarchie ecclésiastique, la bulle *Romana* invita les archevêques de France à respecter la juridiction des évêques (1). La prétention

(1) FOURNIER (PAUL), *Les officialités au Moyen Age*, p. 218.

des archevêques légats était d'autant plus naturelle, que le droit canonique autorise l'appel immédiat au pape ou à son délégué, *omisso medio*, en sautant les degrés intermédiaires de la hiérarchie.

Pour donner plus de garanties aux parties, la Pragmatique Sanction de Bourges prévoit, pour les affaires dont le pape est saisi en appel, sauf pour les causes majeures, le jugement par des commissaires français et domiciliés en France. L'appel de ces commissaires à Rome est admis, tant qu'il n'existe pas trois jugements dans le même sens ; mais même pour la sentence définitive, le pape doit nommer des commissaires qui siègent en France.

D'autre part, à l'imitation du droit romain, le droit canonique limite les appels à deux : la juridiction ecclésiastique comporte donc au maximum trois degrés. Un plaideur condamné par l'archidiacre peut en appeler à l'évêque, puis au métropolitain, mais il ne peut ensuite recourir au pape et au Saint-Siège. La faculté d'appel *omisso medio* et la limitation à deux des appels constituaient deux éléments de supériorité très appréciés de la justice d'Eglise sur les justices laïques. Devant les cours féodales, l'appel, dans la mesure imparfaite où il fonctionne, est admis sans limite de degré, quelque minime que soit la valeur du litige, de suzerain à suzerain jusqu'au souverain ; les justices laïques comportent l'appel de degré en degré, et, aux degrés de la hiérarchie des juridictions royales, viennent s'ajouter, pour les procès de la compétence des seigneurs, tous les degrés de la hiérarchie seigneuriale. Cette faculté d'appel illimitée prolonge indéfiniment les procès et accumule les frais, souvent au-delà du montant de l'intérêt en

cause. Elle sera un des griefs les plus fondés contre l'organisation judiciaire de l'ancien régime, à peine atténué par la création des présidiaux.

Soutenue par l'opinion publique, par la royauté, la justice d'Eglise développe sa compétence jusqu'à Philippe le Bel. En matière personnelle, l'Eglise revendique la juridiction exclusive, au civil et au criminel, sur les membres du clergé défendeurs, quel que soit le demandeur. C'est le *privilegium fori*, ou privilège de clergie. Il s'impose au clerc comme aux juges. Le clerc poursuivi à tort devant une juridiction laïque, en matière civile ou criminelle, est tenu de proposer l'incompétence du tribunal, et il ne lui est pas permis de renoncer à ce privilège, établi dans l'intérêt de l'Eglise, plutôt que dans celui des plaideurs. Les coutumiers admettent, au contraire, que le clerc qui a accepté la justice laïque est obligé de la subir.

Quant au juge laïque, il est tenu de se dessaisir, si l'exception d'incompétence est soulevée, sous peine d'excommunication *ipso facto*. Si c'est un juge ecclésiastique qui viole l'immunité cléricale, l'évêque le juge lui-même, ou l'assigne devant la cour du roi, qui prête la main à la compétence de l'Eglise, à moins qu'elle ne soit une cause d'abus. En matière criminelle, le privilège du for était absolu, et l'on avait même douté du pouvoir du roi d'arrêter le clerc en cas de flagrant délit ; on l'admit, à condition qu'il fût immédiatement rendu à la cour d'Eglise. Les clercs bénéficiaient ainsi d'une procédure plus raisonnable, de juges plus bienveillants, de peines plus douces, ne comportant pas l'effusion du sang, et dépourvues du caractère cruel, inspiré par l'idée de vengeance, des pei-

nes laïques. Toutefois, lorsque la pénalité canonique était insuffisante, la justice d'Eglise dégradait le clerc coupable de sa qualité et le livrait au bras séculier, en vue de l'application des peines du droit commun.

En matière civile, le privilège de clergie n'était pas absolu. L'Eglise revendiquait seulement la compétence sur les clercs en matière personnelle et mobilière ; en matière immobilière, elle permettait d'actionner le clerc devant la justice seigneuriale, pour les procès naissant des héritages en fiefs, des censives, des rentes. La justice féodale l'emportait ici sur la justice d'Eglise.

Les avantages attachés au jugement par l'Eglise, surtout en matière criminelle, la lutte de compétence entre les justices d'Eglise et les tribunaux laïques, donnaient une grande importance à la détermination des personnes soumises à la juridiction de l'Eglise *ratione personæ*. C'étaient d'abord les clercs proprement dits, c'est-à-dire les membres du clergé régulier et les membres du clergé séculier, même appartenant aux ordres mineurs. Cependant les clercs inférieurs, au-dessous de l'ordre de sous-diacre, avaient la permission de se marier et, une fois mariés, comme ils ne portaient plus la tonsure, ils perdaient le privilège clérical, tout au moins en matière civile ; pour les délits seulement, ils étaient justiciables de la cour d'Eglise. Les clercs marchands donnaient lieu à beaucoup de discussions entre la justice royale, qui prétendait attirer leurs causes à elle, et l'Eglise, qui entendait limiter au plus la compétence laïque aux faits de commerce. Certaines professions honteuses, ou comportant

l'effusion du sang (soldats) privaient du privilège, et même de la cléricature.

La détermination de la qualité de clerc était fort importante, en raison des avantages nombreux qu'elle procurait, notamment à notre point de vue de la justice. Les abus étaient nombreux : des personnes de conditions les plus diverses, pour échapper à l'autorité royale, se proclamaient clercs, se faisaient ordonner prêtres dans ce seul but, ou admettre par pure fiction dans certains ordres religieux. Une ordonnance de Philippe le Bel, en 1290, dut réserver les privilèges des Templiers et Hospitaliers à ceux qui portaient l'habit et suivaient les règles de ces ordres (1).

L'Eglise se réservait la compétence sur la qualité de clerc. Une présomption de cléricature résultait de la notoriété publique ou de la tonsure, surtout confirmée par le port de l'habit ; mais pour bénéficier de la qualité de clerc, des commerçants, des industriels, des gens mal famés, des délinquants se faisaient tonsurer et même portaient l'habit, par intermittence. Les juristes laïques, pour éviter ces abus, exigèrent la preuve du port habituel de la tonsure et de l'habit, en décidant que « l'habit ne fait pas le moine ». Pour mettre un terme aux scandales résultant de l'excessive indulgence des cours d'Eglise, qui les faisait tant rechercher, les représentants du roi obtiennent, dès la fin du XIII^e siècle, l'adjonction de juges du roi à ceux de la cour d'Eglise, dans les cas où la paix du roi serait notoirement menacée. Philippe le Bel décide que les

(1) ISAMBERT, tome II, p. 686.

clercs absous par les juges ecclésiastiques pourront être punis par la juridiction temporelle, et leurs biens confisqués, en cas de crime notoire (1). Les juges laïques se réservent aussi la compétence en matière d'actions possessoires (nouvelleté) et prétendent juger les conséquences des infractions civiles des clercs, saisir leur temporel ou leurs meubles dans certains cas.

En dehors du privilège de juridiction proprement dit, les clercs jouissent d'un certain nombre de prérogatives d'ordre judiciaire, lorsqu'ils sont obligés de plaider devant les juridictions laïques. Leurs causes sont jugées les premières, pour qu'ils ne soient pas trop longtemps distraits de leur ministère spirituel (ordonnance du 23 mars 1303). Ils ont le droit de plaider par procureur, tout d'abord au moins comme défendeurs. Ils ne peuvent provoquer ni être provoqués au combat judiciaire, sous peine de déposition, sans une autorisation de l'évêque, subordonnée à l'absence de danger d'homicide ou de perte d'un membre. Mais, pour la même raison, tant que le duel judiciaire a été admis, ils ne pouvaient être juges ou assesseurs du bailli ou du prévôt, ni témoins dans les tribunaux laïques. Philippe III, en 1278, et Philippe le Bel, en 1287, défendent d'employer les clercs, à un titre quelconque, dans les juridictions laïques, en raison de la difficulté d'exercer contre eux un recours en garantie, s'ils manquent à leur devoir (2).

Le privilège clérical a été étendu par faveur à certaines personnes de condition laïque. En matière criminelle, ne

(1) ISAMBERT, tome II, p. 725.

(2) LANGLOIS, *Le règne de Philippe III le Hardy*, p. 234.

peuvent être traduits que devant les juridictions d'Eglise, les officiers et employés des cours d'Eglise, les écoliers de certaines universités ; les croisés ne sont pas justiciables des juridictions laïques, comme défendeurs, sinon pour leurs tenures, ou en cas de flagrant délit de crime énorme. Comme demandeurs, ils ont même le choix, en matière personnelle, entre la justice d'Eglise et la justice laïque, tandis que le clerc doit poursuivre son défendeur laïque devant la juridiction séculière, puisque la compétence se détermine ici par la qualité du défendeur.

En se fondant sur des capitulaires carolingiens, qui recommandaient les veuves, les orphelins et les pauvres à la bienveillance des évêques, ceux-ci prétendaient attirer à eux les actions relatives à leur patrimoine. Cette tentative fut écartée pour les actions réelles ; en matière personnelle, la veuve eut, pendant une certaine période, le choix entre les juridictions, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, et même, d'après les canons, en matière féodale.

Ce n'est pas une des preuves les moins curieuses de l'attrait des plaideurs pour la justice ecclésiastique, que l'insertion, très fréquente dans le Centre et dans le Nord de la France, dans les contrats conclus par des parties non bénéficiaires du privilège de clergie, d'une clause lui attribuant la compétence sur les procès à naître de la convention. Mais dans ce cas, la justice laïque, dépouillée de sa compétence, refusait d'assurer la sanction de la sentence de l'officiel, qui n'avait comme moyen de contrainte que l'excommunication.

Enfin les juridictions d'Eglise prétendaient souvent tirer de la coutume immémoriale du lieu la compétence obligatoire ou facultative pour les procès nés entre laïques des actions personnelles. Mais ces tentatives coalisèrent les seigneurs féodaux, au XIII^e siècle, contre les justices ecclésiastiques (1). En 1225, une ligue est organisée par Robert de Dreux contre les officialités ; réorganisée en 1235, à Saint-Denis, elle est supprimée en 1246.

Cette prétention nous conduit au second chef de compétence des tribunaux d'Eglise, non plus sur les clercs, en raison de leur qualité, mais sur toutes personnes, en raison de la nature du litige, *ratione materiæ*. Sur les laïcs, la juridiction de l'Eglise, à l'époque franque, avait été seulement disciplinaire ou arbitrale. Elle est désormais, pour certaines matières, une véritable juridiction obligatoire, d'ailleurs tantôt exclusive, tantôt concurrente avec la juridiction séculière, au choix des parties. Le procédé de création de cette compétence consistait simplement à s'annexer les questions temporelles plus ou moins connexes à une question d'ordre religieux, dont l'Eglise avait incontestablement connaissance, à titre de gardienne des principes de la religion.

Tout d'abord, de sa compétence sur les questions touchant aux sacrements et aux articles de foi, elle avait tiré, au X^e siècle, son droit exclusif de trancher les litiges relatifs aux causes matrimoniales : existence, validité, nullité du mariage ; fiançailles, effets du mariage dans les rapports des époux, séparation de corps ; légitimité et bâtard-

(1) PAUL FOURNIER, *Les officialités au Moyen-âge*, p. 81.

dise. Le juge laïque, incidemment saisi d'une de ces questions, devait en renvoyer l'examen à l'official, et accepter sa décision. Pour les rapports pécuniaires des époux et le douaire, les deux ordres de juridictions étaient compétents, au choix de la veuve. L'Eglise connaissait seule des questions de bénéfices, de patronage et de dîme. La cour féodale reprenait sa compétence exclusive pour les litiges mettant en jeu une tenure féodale : dîmes inféodées, questions de légitimité soulevées à l'occasion de la succession à un fief.

Les crimes et délits nombreux consistant dans la violation de la foi, hérésie, sacrilège, sorcellerie, ressortissaient aussi à l'Eglise. La plupart du temps, elle se contentait de prononcer la culpabilité, et remettait le coupable au bras séculier, qui infligeait et exécutait la peine. Signalons incidemment l'organisation, pour la répression de l'hérésie, d'un tribunal spécial, l'inquisition, qui fonctionnait en dehors des règles du droit commun de la procédure canonique, et tomba en désuétude au XV^e siècle, devant les résistances du clergé séculier, du Parlement et de la Sorbonne. L'usure et le blasphème étaient de la compétence concurrente des deux juridictions, de même, le crime d'un laïque sur la personne d'un clerc, et l'adultère, jusqu'au XIII^e siècle ; puis l'adultère passa à la jurisprudence royale exclusivement.

En matière civile, l'Eglise revendiquait les litiges nés des testaments, comme étant des legs pieux, rendus obligatoires par elle, sous peine de refus de la sépulture ecclésiastique, ou comme désignant des clercs pour exécuteurs testamentaires, et par analogie, les successions *ab intestat*.

Cependant Beaumanoir reconnaît en ces matières la compétence concurrente des tribunaux laïques, et, à partir du XIV^e siècle, le Parlement de Paris et le Châtelet se les réservent à titre exclusif.

En matière de contrats, les parties peuvent, d'un commun accord, soit au moment du contrat, soit au moment du litige, saisir la juridiction de l'official. Sous prétexte que l'inexécution du contrat viole la foi jurée, l'Eglise prétendait en connaître à la demande du demandeur seul ; la jurisprudence ne l'admit pas, à moins que l'accord n'eût été scellé par un serment. Aussi cette pratique était-elle très répandue, au point que les rois restreignirent l'usage du serment dans les contrats. Ainsi Philippe Auguste défendit de confirmer par serment les contrats passés dans les foires et marchés. Le lien de conscience permettait aux cours d'Eglise de sanctionner les obligations imparfaites d'après la loi civile.

En partant du principe que la foi jurée est à la base de la relation féodale, l'Eglise s'efforça aussi d'attirer à elle les litiges nés de la féodalité et des tenures. Mais l'autonomie féodale se montra sur ce point plus forte que l'opiniâtreté de l'Eglise : on lui permet d'imposer une pénitence au vassal parjure, mais non de porter atteinte à la justice du seigneur. Un arrêt rendu par le Parlement de Paris, toutes Chambres réunies, le 13 mars 1376, interdit aux tribunaux ecclésiastiques de connaître de toutes actions réelles immobilières, pétitoires ou possessoires, en matière de fief ou autrement, même intentées contre des clercs, ainsi que des droits féodaux et des rentes sur héritage. Ainsi l'Eglise était justiciable des tribunaux laïques, même pour ses pro-

pres biens, sauf compétence concurrente à son profit, pour les tenures ayant incontestablement le caractère de franche aumône.

Telle est la physionomie de la juridiction ecclésiastique, dans son organisation, sa procédure et sa compétence, à l'époque de son apogée. Son existence ouvre une large brèche dans l'unité de la justice, par le nombre des personnes ou des matières soumises à son activité. C'est qu'en face des justices seigneuriales et royales, elle forme un corps savamment organisé et hiérarchisé, qui distribue la justice suivant des principes rationnels et humains, ce qui détermine les préférences des plaideurs, toutes les fois qu'un choix leur est ouvert.

Cependant sa faiblesse est de rester une justice d'Eglise, dépourvue de moyens d'exécution sur la personne ou sur les biens. Elle n'a à sa disposition, pour faire exécuter ses sentences, que l'arme spirituelle de l'excommunication, terrible dans ses effets à l'égard de ceux qui croient, mais, par là même, dépourvue de mesure, excessive dans ses résultats, et dont la valeur répressive tend à s'émousser, lorsqu'elle est appliquée inconsidérément par les autorités ecclésiastiques même inférieures, ou étendue à toute une région, à toute une nation, lorsque la royauté en lutte avec l'Eglise refuse de lui prêter son appui contre les excommuniés, ou lorsque la Réforme vient ébranler l'autorité de l'Eglise.

D'ailleurs la juridiction de l'Eglise va perdre la supériorité qui lui assurait son prestige, à mesure que l'autorité royale s'affermirait, et que, pour établir solidement sa juridiction, elle puise à la même source qui avait inspiré à

l'Eglise l'organisation savante et rationnelle de sa justice, et lui enlève ainsi toute raison d'être préférée.

Section III. — LES JUSTICES MUNICIPALES

A partir de la fin du XI^e siècle, le mouvement d'émancipation des villes fait surgir de nouvelles juridictions indépendantes, qui enlèvent à la justice des seigneurs une partie de sa compétence. Jusqu'à cette époque, le système féodal englobe à la fois dans la seigneurie les villes et les campagnes : le bailli ou le prévôt y rend la justice à la population, en majorité servile, au nom du seigneur laïque ou ecclésiastique. L'affranchissement des villes et de leurs habitants se réalise au détriment du pouvoir seigneurial, et la juridiction municipale vient faire une brèche nouvelle à l'unité de la justice, en séparant à ce point de vue la ville et le plat pays.

Les pouvoirs de juridiction de la ville sont d'ailleurs extrêmement variables, suivant les régions, suivant les circonstances dans lesquelles la charte est concédée par le seigneur à prix d'argent, ou lui est arrachée par l'insurrection. Parfois même, la municipalité prend à bail perpétuel du seigneur, pour une somme déterminée, la prévôté de la ville, et acquiert ainsi les droits de justice et l'administration du prévôt.

L'affranchissement ne confère pas toujours aux villes l'autonomie administrative et judiciaire : il peut être limité à l'abolition du servage, à des garanties de la personne et des biens des habitants contre l'arbitraire des taxes, des amendes, des arrestations, des réquisitions. C'est le régime

des villes de prévôté. La justice et l'administration y demeurent aux mains du prévôt seigneurial ou royal, mais il doit jurer de respecter les franchises, et parfois s'adjoindre, pour l'exercice de la justice, un certain nombre de bourgeois, formant le conseil des prud'hommes, élus par les bourgeois.

Lorsque la charte accorde à une ville un droit de justice, les bourgeois qui en font partie sont justiciables des officiers municipaux, c'est-à-dire acquièrent, par rapport aux roturiers et serfs de la campagne, un privilège de juridiction semblable à celui des hommes de fief devant la cour féodale, le jugement par les pairs.

C'est même par cette juridiction que se manifeste d'abord la différenciation juridique des villes et des campagnes. Au point de vue économique, la ville se distingue par le commerce et l'industrie. « Mais c'est le seigneur qui lui a conféré son droit et sa première constitution. Le point de départ est la formation d'une circonscription judiciaire distincte pour la ville et pour les biens de la ville, ou ceux qui en dépendent. Nous trouvons partout cette séparation qui s'opère entre la juridiction de la ville et celle de la campagne, aussi bien en Angleterre et dans les royaumes scandinaves que dans les villes du continent. C'est un caractère essentiel des villes que de posséder une juridiction à part et municipale, comme c'est un droit essentiel des bourgeois de ne pouvoir être actionnés que devant cette juridiction » (1).

Tout lien n'est pas forcément rompu entre la ville af-

(1) HEGEL, *Städte und Gilden*, II, p. 506.

franchie et le seigneur. L'émancipation ne produit pas nécessairement l'affranchissement des tenures urbaines du lien féodal, et le seigneur se réserve souvent la justice féodale, c'est-à-dire la connaissance des litiges concernant ces terres, même possédées par des bourgeois. Ou bien, pour conserver des sources de profits pécuniaires, il excepte les cas criminels les plus graves, ceux qui entraînent la confiscation.

La ville rentre, elle aussi, dans le système féodal : les villes privilégiées sont considérées comme des seigneuries, et parfois font hommage au roi. Si la ville concède des censives, elle exerce sur ces tenures les droits du seigneur, et connaît des procès qu'elles soulèvent, suivant les principes de la justice féodale. En 1220, Philippe Auguste accorde à la corporation des marchands de l'eau de Paris, moyennant le paiement d'une redevance annuelle, la basse justice et la justice foncière dans la ville, tout en se réservant la haute justice (1).

L'organisation de la justice municipale et sa compétence varient aussi avec les origines dont elle est issue. Certaines institutions municipales dérivent des scabins de l'époque carolingienne, des collèges permanents d'assesseurs judiciaires chargés de dire le droit, et choisis par le comte ou le centenier parmi les notables. Ils disparaissent dans les campagnes, à l'époque féodale, et ne laissent pas de trace dans la composition des cours seigneuriales. Ils survivent, au contraire, assez généralement dans les villes du Nord et de l'Est, et ils donnent naissance aux échevins, par substi-

(1) *Le livre des sentences du Parloir aux Bourgeois*, p. 117.

tution à la nomination par le seigneur, de l'élection annuelle par le collège des échevins ou par les bourgeois, le seigneur se réservant de confirmer l'élection. Parfois, le collège des échevins se partage en deux corps : l'un garde les fonctions judiciaires, l'autre prend des attributions administratives ; dans d'autres villes, bien que les échevins cumulent ces deux ordres de fonctions, leur rôle judiciaire est prépondérant. Désormais les échevins administrent la justice, non plus au nom du seigneur, mais au nom de la cité, et sous réserve des droits maintenus au seigneur.

Dans les communes jurées, issues d'associations conclues entre habitants sous la foi du serment, la juridiction conserve souvent le caractère disciplinaire que s'attribuait le groupement sur ses membres, avant d'avoir obtenu le pouvoir municipal. Les pénalités de cet ordre sont parfois très énergiques : le bourgeois récalcitrant est expulsé de la commune, ou sa maison est détruite. C'est alors une justice indépendante de la justice seigneuriale et exercée parfois par des magistrats spéciaux, les jurés ou voir-jurés. Cette justice disciplinaire peut même se cumuler avec la justice que le seigneur s'est réservée pour les crimes graves. Fondée sur l'idée de défense contre l'extérieur, la commune s'attribue aussi la poursuite de l'homme du dehors, coupable d'un délit contre un bourgeois sur le territoire municipal, et même elle retient la connaissance des cas réservés à la justice seigneuriale, lorsque celle-ci n'a pas voulu faire droit au bourgeois.

D'autre part, lorsque la municipalité est représentée par une corporation de marchands privilégiés, comme à Paris,

celle-ci statue sur la violation des règlements relatifs au négoce.

Enfin, même dans les affaires civiles sur lesquelles ils n'ont pas le pouvoir de juridiction, les officiers municipaux peuvent être saisis par les parties, par voie d'arbitrage, et ce procédé était utilisé notamment à Paris.

Par son origine, la commune jurée ne comprend que les roturiers ; ils sont tenus d'en faire partie, ou sont expulsés ; les nobles et les ecclésiastiques en sont exclus, mais sont forcés de jurer de respecter ses privilèges. Les serfs n'y sont pas admis non plus en principe.

Dans les villes de consulat, au contraire, régime importé d'Italie dans la Provence et le Comtat Venaissin, puis dans le Languedoc, le régime municipal ne se caractérise pas par une hostilité et une réaction contre la féodalité, et souvent un certain nombre de places de consuls sont réservées aux nobles. Ce régime comporte le maximum de franchises municipales. Les consuls doivent prendre l'avis d'un corps de conseillers, spécialement pour l'administration de la justice.

Section IV. — LA JUSTICE ROYALE

Dans la société féodale, les tribunaux du roi forment, avec les juridictions des seigneurs, de l'Eglise et des villes, un des quatre éléments très disparates de l'administration de la justice, dépourvue de toute unité dans ses origines, son fondement, son organisation et sa procédure. Suivant la tradition des rois des deux premières dynasties, le roi capétien considère la justice comme une de ses prérogatives et un de ses devoirs essentiels. A l'avènement de la dy-

nastie, cette prérogative est bien modeste, comme l'ensemble de son autorité. Mais c'est par l'exercice persévérant et l'extension suivie de ces attributions judiciaires que les Capétiens ont surtout maintenu et développé leur pouvoir, et consolidé la monarchie aux dépens des seigneurs et de l'Eglise.

A l'époque féodale, il convient d'ailleurs de distinguer deux titres auxquels le roi exerce la justice. Il est à la fois duc de France et roi. En la première qualité, il est le suzerain de tous les vassaux dont les fiefs sont « dans la mouvance du royaume de France », et il rend la justice sur ses domaines à ses vassaux, aux vilains, aux serfs, suivant les mêmes règles que tout seigneur féodal, avec cette différence que le duché de France constitue un alleu souverain et n'a pas de suzerain au-dessus de lui : d'une sentence de la cour féodale du duc de France, on ne peut donc appeler pour défaut de droit ou faux jugement. A l'égard des vassaux du duc de France, la cour féodale comporte, suivant le droit commun, le jugement par les pairs.

D'autre part, sa qualité de roi confère au roi un droit de justice en dehors même du domaine royal, dans les pays « hors l'obéissance du roi » ; mais au début de la dynastie capétienne, ce pouvoir de haut justicier n'est pas mieux assuré que l'ensemble de l'autorité royale. Le droit féodal domine et, fait remarquable, on fait rentrer dans son cadre la qualité royale, qui pourtant lui est bien étrangère par son origine. On explique par les idées féodales les rapports du roi avec les grands vassaux indépendants de son domaine : on dit qu'il est le suzerain universel de tous les fiefs du royaume, le « chef des seigneurs », comme l'appelle

Beaumanoir. Cette explication est d'ailleurs tendancieuse et sert aux rois, aidés par les juristes, à réaliser, au nom des principes féodaux, l'annexion des fiefs extérieurs au domaine royal, et l'extension de la juridiction royale au détriment non seulement de ses propres vassaux, mais des grands feudataires. Toutefois c'est bien sur l'idée de souveraineté, telle que les légistes la dégageront du droit du Bas-Empire romain, que se fondent la théorie de la prévention, celle des cas royaux, et le pouvoir direct du roi sur les arrière-vassaux, contraire au principe féodal : « l'homme de mon homme n'est pas mon homme ».

La juridiction royale va donc se développer progressivement au cours de cette période, en partant de ce double principe féodal et monarchique. La justice féodale et la justice royale sont théoriquement distinctes : d'une part, une cour ducale formée de pairs, qui font le jugement à l'égard des vassaux ; d'autre part, un conseil à la fois politique et judiciaire, que le roi consulte avant de décider ou de juger comme roi : la *Curia regis*, composée de grands officiers du palais, de prélats, de conseillers domestiques (*palatini*). En fait, les deux juridictions sont confondues dans la *Curia regis*, comme les deux justices le sont en la personne du roi. Les plaideurs comparaissent tous devant elle, quelle que soit leur qualité. Mais le principe demeure : les vassaux du roi, grands feudataires relevant de la Couronne et dont il est le suzerain, les seigneurs de fiefs compris dans le domaine royal, ont droit au jugement par les pairs. La *Curia* s'adjoint alors plusieurs pairs du défendeur. Jusqu'à la fin, le Parlement de Paris, organe judiciaire détaché de la *Curia regis*, gardera la trace de ce double

caractère : les pairs y représentent la cour féodale ; les magistrats, la cour royale.

En tant que cour féodale, la compétence judiciaire de la *Curia regis* est celle du droit féodal ; en tant que tribunal royal, sa compétence est, au début, très modeste : elle ne peut connaître des causes revendiquées par les justices seigneuriales ; elle n'a pas non plus le rôle d'une cour d'appel, puisque l'appel est inconnu de la procédure féodale ; tout au plus reçoit-elle l'appel pour défaut de droit ou faux jugement, contre les vassaux directs du roi. Sa juridiction est plutôt, pendant plusieurs siècles, celle d'un arbitre, chargé par l'accord des parties de trancher leur différend, d'un médiateur entre les forces féodales, d'un protecteur des intérêts temporels des églises et des monastères, ou des franchises des villes émancipées. Dans cette mesure, on peut dire, sans trop d'exagération, que, pendant les deux premiers siècles de la monarchie capétienne, la justice royale se classe surtout parmi les justices féodales, et ne constitue pas une unité bien distincte de juridiction.

La *Curia regis* n'est pas, en effet, un véritable tribunal, jugeant avec un personnel fixe, dans un lieu déterminé, avec des sessions régulières, et spécialisé dans la juridiction. C'est un conseil de prélats, de barons, d'officiers royaux, que le roi compose à sa guise, réunit où et quand il veut, et consulte sur les affaires politiques aussi bien que sur les litiges judiciaires. C'est lui-même qui prononce la sentence, comme il prend une décision administrative.

Cependant, si telle est la physionomie de la justice royale, au début de la dynastie capétienne, elle tend peu à

peu à se différencier de la politique et de l'administration, et, à mesure que les efforts de la royauté attirent vers elle une partie croissante des litiges de la compétence des seigneurs ou de l'Eglise, à se constituer avec les caractères d'une véritable juridiction. Cette évolution progressive est à peu près achevée sous le règne de Saint Louis. De la *Curia regis* se détachent, d'une part, le conseil du roi, chargé des affaires administratives, d'autre part, le Parlement, corps de magistrats professionnels, siégeant au Palais, en des sessions régulières, puis à titre permanent, investi, à côté des prérogatives politiques qui décèlent ses origines, de la fonction judiciaire et rendant lui-même les sentences, sans l'intervention du roi, avec une autorité propre, déléguée. Le personnel permanent et professionnel se constitue peu à peu, avec l'habitude des rois d'adjoindre aux prélats, barons et officiers des conseillers privés (*consiliarii*), qui jouent un rôle de plus en plus marqué, avant d'éliminer les autres éléments. C'est que le droit romain et le droit canonique, plus savants, pénètrent la procédure de la Cour, à partir du XIII^e siècle, et ces conseillers, choisis de préférence parmi les clercs instruits, ont appris ces droits dans les universités. En choisissant toujours les mêmes, le roi fait bénéficier la justice de leur expérience croissante et les transforme insensiblement en magistrats de carrière, qui forment le personnel fixe de la Cour. Les baillis en font aussi partie, et ils y comparaissent en personne, pour répondre aux appels contre leurs jugements. Puis l'ordonnance de 1291 les exclut, s'ils ne sont conseillers du roi ; et même dans ce cas, ils devront se retirer, s'ils sont personnellement mis en cause. Un règlement postérieur à 1296 éli-

mine tous les éléments inutiles. Dix-huit chevaliers et seize clercs sont désignés nominativement et limitativement et doivent résider « continuellement » au Palais ; des présidents sont choisis parmi les hauts barons et les prélats, et deux, un baron et un prélat, sont aussi tenus d'être continuellement au Parlement. Seuls peuvent en outre entrer au Parlement, avec voix délibérative, les barons et prélats membres du Conseil du roi, quelques autres de ces conseillers, cinq ecclésiastiques et deux prévôts.

Le nombre des sessions se régularise. Sous Philippe le Bel, il y a deux sessions par an, et toujours à Paris.

Enfin le roi délègue la présidence de la Cour au sénéchal, au chancelier, ou à un autre personnage, et la fréquence de ces délégations tend à constituer la Cour en juridiction propre, dont le pouvoir est indépendant de la présence du roi. Il arrive même souvent, dès la seconde moitié du XIII^e siècle, que le roi plaide, est donc partie et non juge, devant la Cour, comme demandeur ou comme défendeur, en personne ou par procureur. Cependant, Saint Louis tient encore souvent son Parlement en personne ou, dans les affaires importantes, la Cour lui réserve la décision.

Contentons-nous de cette rapide esquisse des caractères de la Cour judiciaire du roi à l'époque féodale ; en pleine évolution, ils sont difficiles à fixer et changeants, suivant qu'on se place au début ou à la fin de cette période.

Sous la période monarchique, le Parlement prend les traits définitifs de son organisation et de sa compétence. C'est dans cette période que nous pourrions délimiter sa place dans l'administration de la justice publique, préciser

la mesure où il réalise l'unité de juridiction et l'égalité entre les justiciables.

Nous verrons aussi dans quelle mesure et sous quelle forme s'est maintenu, après la période féodale, le principe du jugement par les pairs. Mais dès le XII^e siècle, il prend un aspect nouveau, qui l'éloigne de la pureté des idées féodales. En théorie, les pairs du roi étaient tous les vassaux relevant directement du roi, et en cette qualité, ils pouvaient prétendre à être jugés par une cour féodale, ou par la Cour du roi avec adjonction de pairs. Mais dans le premier tiers du XIII^e siècle, les pairs deviennent un collège fermé, limité, de douze membres, composé symétriquement de six prélats et de six grands feudataires laïques, à raison, dans chaque catégorie, de trois ducs et de trois comtes ; ce titre est attaché comme un accessoire permanent à six seigneuries ecclésiastiques : archevêque duc de Reims, évêques ducs de Laon et de Langres ; évêques comtes de Beauvais, de Noyon et de Châlons, et à six seigneuries laïques : ducs de Bourgogne, de Normandie et de Guyenne ; comtes de Flandre, de Champagne et de Toulouse. Ce n'est pas ici le lieu de discuter le problème historique, très mal connu, de la formation de ce collège des douze pairs de France, qui semble s'être constitué peu à peu, et est au complet vers le milieu du XIII^e siècle. Il constitue une sélection de la féodalité, et le principe du jugement par les pairs se maintiendra pour eux seuls ; mais il se maintiendra jusqu'à la fin de la monarchie, bien que l'institution ne soit plus qu'une survivance lointaine et assez distincte des institutions féodales.

Au cours de la période où nous nous plaçons, la monar-

chie a aussi des agents locaux, qui exercent la justice en son nom. Les prévôts ne sont pas seulement des juges, ils représentent le roi dans leur circonscription pour l'ensemble des affaires administratives, militaires, financières. En face des justices ecclésiastiques et seigneuriales, qui accaparent le plus grand nombre des litiges ou des justiciables, leur activité judiciaire est d'ailleurs des plus modestes. Les clercs, les vassaux, vilains et serfs des seigneuries, échappent à leur juridiction, ainsi que, pour les laïques, tous les procès de la compétence *ratione materiæ* de l'Eglise. Les bourgeois des villes s'y soustraient aussi, quand les communes obtiennent le droit de justice. Il semble même que tous les vassaux du roi répandus sur le domaine royal peuvent demander à être jugés directement par la *Curia regis* ; en tout cas, lorsque les baillis et sénéchaux royaux sont créés au XII^e siècle, au-dessus des prévôts, les nobles sont justiciables directement de ces nouveaux fonctionnaires.

Eloignés d'un pouvoir central peu puissant, les prévôts ont cherché à s'inféoder, comme l'avaient fait les comtes, agents locaux du roi, sous les derniers Carolingiens. Pour couper court à ces tentatives d'indépendance, cette fonction a été ensuite affermée, mode de recrutement fréquent, qui s'explique par le rôle surtout financier des prévôts. L'inconvénient du système était d'inciter les prévôts à pressurer les populations, pour accroître le profit de leurs fonctions. La régie, ou mise en garde, y a été parfois substituée, comme dans l'exemple célèbre d'Etienne Boileau, à Paris ; mais ce procédé ne s'est pas généralisé.

La création des baillis vient mettre obstacle aux velléi-

tés d'indépendance des prévôts et réduire leur activité. Ils les surveillent et représentent le pouvoir royal dans tous les domaines de l'activité administrative. Leur juridiction trouvera, à partir du XIII^e siècle, un aliment abondant dans les cas royaux, et l'appel des prévôts et des justices seigneuriales. Mais avant que ces deux institutions se développent, elle semble se limiter à accueillir les plaintes contre le prévôt, en vertu de leur pouvoir de surveillance sur eux, et peut-être à retenir les causes des plaideurs alléguant un déni de justice du prévôt. D'autre part, on voit le bailli administrer la justice aux vassaux du roi, suivant le jugement par les pairs, par une survivance de la cour féodale, d'autant plus naturelle que la création du bailli royal s'est faite souvent par le maintien du bailli seigneurial, au moment de l'annexion d'une seigneurie au domaine royal.

CHAPITRE III

L'Époque Monarchique

Au début de la période qui s'étend du X^e au XIII^e siècle, nous avons vu l'unité de l'Etat sombrer, avec la décomposition du pouvoir royal. La notion de l'Etat s'est estompée, ou plutôt s'est éparpillée avec le morcellement de la souveraineté entre l'Eglise, les seigneurs, les villes, qui, pourvus plus ou moins complètement des attributs du pouvoir souverain, constituent de véritables Etats dans l'Etat.

De ces attributs, la justice est un des plus essentiels, et ils sont jaloux de la conquérir et de la développer. Avec l'unité de la souveraineté a disparu le principe de l'unité de la justice, rendue au nom de la puissance publique, par ses agents exclusivement. Dans le domaine féodal, fondé sur la terre, on distingue mal le caractère domestique et privé des droits du seigneur sur ses vassaux, ses vilains et ses serfs, de ses prérogatives d'ordre public. La justice royale ne vient qu'à un rang modeste, en concurrence avec les puissantes justices de l'Eglise et des seigneurs, et encore son caractère de justice féodale très marqué l'emporte-t-il sur la justice publique proprement dite, rendue à tous les sujets du royaume au nom du roi en cette qualité.

La diversité, la complexité de ces organisations judiciai-

res est bien éloignée de notre conception moderne de la justice rendue au nom de l'Etat. Le défaut d'unité de la justice a pour corollaire naturel d'écarter le principe de l'égalité des justiciables. La qualité d'un individu lui confère le privilège d'être jugé par une juridiction déterminée : les clercs sont assignés devant l'official ; les vassaux, devant une cour formée de pairs, ou devant le bailli royal. Ce sont bien de véritables privilèges de juridiction. Les clercs trouvent dans l'Eglise une justice naturellement bienveillante, par esprit de corps, par sentiment de lutte contre les nobles, indulgente à l'excès en matière criminelle, mais aussi des juges versés dans le droit, une législation plus précise, une procédure moins barbare et plus savante, l'appel. Les nobles ont dans leurs pairs des juges indépendants du seigneur, plus impartiaux, ou peut-être enclins à la partialité, mais en leur faveur. C'est une précieuse garantie, à laquelle s'en ajoutent d'autres, que nous avons analysées (faux jugement, combat judiciaire, etc.). Ces garanties font défaut aux vilains et aux serfs. Ceux-ci sont sacrifiés. Comment oseraient-ils plaider contre un seigneur puissant, contre leur maître, vassal du seigneur, noble comme lui, livrés à la partialité, à l'esprit de classe, sans sécurité réelle, sans garantie d'un droit de récusation, d'une procédure rationnelle, plus douce, plus sérieuse que les épreuves terribles des ordalies et du combat judiciaire inégal ? C'est seulement dans l'affranchissement que les bourgeois de la ville, enrichis par le commerce ou l'industrie, soutenus par la puissance de leurs associations, peuvent trouver le moyen d'échapper à une juridiction dont l'insécurité est d'autant plus redoutable que leurs intérêts matériels sont plus sé-

rieux. Les vilains des campagnes et les serfs demeurent livrés à la justice du seigneur, privés des garanties d'ordre juridique d'une organisation judiciaire et d'une procédure équitables, et placés vis-à-vis du seigneur dans une situation d'infériorité, encore plus accusée par leur dépendance économique.

Au cours de cette période, nous avons noté les efforts de la royauté pour affermir son autorité et en reconquérir l'élément essentiel, la justice, sur les juridictions concurrentes. A la fin du XIII^e siècle, ces efforts ont déjà été efficaces et, pendant la période monarchique, nous allons voir leur succès s'affirmer et se développer. Sous la monarchie absolue, les justices municipales ont disparu avec les libertés communales. La lutte séculaire engagée par la monarchie contre la féodalité et l'Eglise a abouti à la décadence politique des seigneurs, à l'affaiblissement du pouvoir temporel de l'Eglise. Les juridictions seigneuriales et ecclésiastiques se maintiennent jusqu'à la fin de l'ancien régime, mais leur activité est des plus réduites. En abattant les puissances rivales, la monarchie a ainsi restauré la notion de l'unité de l'Etat, et, avec elle, le principe de la justice publique, rendue au nom de l'Etat, domine toute l'organisation judiciaire. Toute justice est rendue au nom du roi, affirme déjà Beaumanoir, à la fin du XIII^e siècle, et ce principe, qui à cette époque, est moins l'expression de la réalité qu'une arme pour abaisser les justices concurrentes, reflète exactement, à la fin de l'ancien régime, l'unité réelle de l'organisation judiciaire.

Est-ce à dire que cette unité soit réalisée telle que nous l'entendons aujourd'hui, dans le sens de l'égalité des plai-

deurs devant la justice ? Sont-ils assurés de trouver des juges uniformément compétents, quelle que soit leur classe sociale ou leur religion ? Une organisation judiciaire, des règles de procédure, des recours, qui garantissent à tous une bonne administration de la justice ? des juges versés dans la science du droit, intègres et impartiaux, aussi indépendants du gouvernement que de l'esprit de classe ou de religion ? enfin une justice qui, grâce à sa proximité, sa célérité, sa gratuité, puisse être affrontée, sans qu'il risque de voir indéfiniment reculée la reconnaissance de son droit, ou d'être ruiné en gagnant son procès, par tout justiciable, riche ou pauvre, puissant ou d'humble condition ?

L'analyse de l'organisation judiciaire de la monarchie va nous permettre de répondre à ces questions.

Section I. — L'UNITÉ DE LA JUSTICE DU ROI ET LA DÉCADENCE DES JURIDICTIONS NON ROYALES

A la fin de l'ancien régime, des cours d'Eglise et des justices de seigneurs fonctionnent encore à côté des tribunaux du roi. L'unité de la justice n'est donc pas absolue, au profit du roi représentant des intérêts généraux de la nation. Cependant l'activité de ces juridictions non royales est réduite à une si faible part, et la compétence des organes judiciaires du roi est si prépondérante, qu'on peut considérer cette unité de la justice comme bien près d'être réalisée en fait. En droit, il est permis d'affirmer qu'elle l'est, puisque les juridictions extra-royales ont perdu leur fondement juridique de droit public, à savoir l'idée d'un attribut d'une souveraineté indépendante de la souveraineté du

roi. Elles sont exercées au nom du roi, de qui toute justice émane, en vertu d'une concession ou d'une tolérance de sa part.

§ 1^{er}. — *La juridiction ecclésiastique.*

Au XVIII^e siècle, Lebret affirme que le privilège de clergie existe en vertu d'une simple tolérance du roi (1). Les ecclésiastiques sont, en principe, les justiciables du roi, comme ses autres sujets. Ces formules expriment le résultat du long travail par lequel la royauté a ressaisi la compétence temporelle des cours d'Eglise, sans contester ouvertement leurs privilèges traditionnels, dans les cas privilégiés, c'est-à-dire pour les crimes ou délits commis par les clercs, lorsqu'ils troublent gravement l'ordre public. Comme celle des cas royaux, la liste des cas privilégiés n'a jamais été précisée, pour permettre de l'allonger. Sans doute, le fait donne lieu à une double instance devant le juge royal et devant le juge d'Eglise, mais l'instruction est faite en commun, depuis l'édit de Melun (1580) et même, au XVII^e siècle, l'ecclésiastique est considéré, en raison de la gravité du délit, comme dégradé de plein droit, et justiciable exclusivement du tribunal du roi. Le seul reste du privilège de clergie, en matière criminelle, est que, devant le Parlement, l'évêque choisit un conseiller clerc pour représenter la justice ecclésiastique (édit de 1695).

Au civil, le privilège de clergie avait toujours été écarté pour les questions de tenure féodale. Cette exclusion de la juridiction ecclésiastique est étendue à toutes les actions

(1) LEBRET, *De la souveraineté*, livre I, chap. XII, p. 24.

réelles, dès le XIV^e siècle, puis aux actions personnelles nées de contrats passés par acte notarié, lequel emporte hypothèque générale, droit réel immobilier.

D'autre part, le droit canonique faisait du privilège de clergie un principe de droit public : le clerc ne pouvait y renoncer, et le juge laïque devait se dessaisir d'office. Désormais, comme les clercs sont justiciables du roi, comme les autres sujets, le juge séculier reste saisi, si le renvoi devant la cour d'Eglise n'est pas demandé. En fait, au XVII^e siècle, les ecclésiastiques préfèrent même les justices royales, qui sont plus promptes et comportent l'exécution parée des jugements (1).

Cette préférence se manifeste aussi pour les actions au possessoire intentées en matière de bénéfices. Le Parlement a attiré à lui d'abord les procès relatifs aux bénéfices concédés par le roi, parce que le roi ne plaide que devant ses propres tribunaux, puis toutes les causes bénéficiales au possessoire, en raison du droit de garde générale du roi et du trouble que suppose l'action au possessoire. Le possessoire conduit le Parlement à examiner le titre du demandeur, donc le fond, et le juge ecclésiastique ne peut remettre sans « abus » sa décision en cause.

A l'égard des laïques, la compétence *ratione materiæ* des juridictions ecclésiastiques est fortement diminuée. La jurisprudence leur enlève les causes matrimoniales d'ordre pécuniaire ou temporel : questions de dot, de douaire, de séparation de biens ; séparation de corps ; légitimité, et réduit leur connaissance de la validité et des nullités de ma-

(1) FLEURY, *Institution au droit ecclésiastique*, II, p. 49.

riage. Puis, au XVII^e siècle, les causes relatives au lien du mariage peuvent être portées par l'appel comme d'abus au Parlement, et les parties choisissent presque toujours cette voie concurrente (1).

Pour les contrats, le serment est considéré comme l'accessoire, il suit le principal, l'obligation, devant la justice séculière ; si le contrat est nul en droit, il est annulé par lettre de rescision, et le serment contraire aux lois et aux bonnes mœurs est déclaré inopérant.

L'ordonnance de Villers-Cotterets (1539) défend de citer des laïcs devant les juges d'Eglise pour les actions purement personnelles, sous peine de perte du procès et d'une amende arbitraire.

Pour les testaments, l'Eglise perd, au XVI^e siècle, sa compétence, qui n'était que concurrente.

Enfin les crimes et délits contre la religion et la foi, considérés comme crimes de lèse-majesté divine, sont ramenés devant les juges royaux.

La compétence ecclésiastique, tant sur les clercs que sur les laïcs, est donc réduite à peu près à rien au XVII^e siècle. Dans les cas où la justice séculière, sans les lui enlever complètement, lui a maintenu une compétence concurrente, les parties choisissent en fait le tribunal laïque. Dès le début du XIV^e siècle, le pouvoir royal trouve une sanction efficace au maintien de la compétence de ses tribunaux contre les empiètements des justices d'Eglise : il se réserve le droit de connaître des conflits de compétence et

(1) ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, tome I, p. 35 et suiv.

de saisir le temporel des ecclésiastiques, de prononcer des amendes pour assurer l'exécution du jugement rendu sur le conflit, et obtenir la révocation de la sentence par le juge ecclésiastique. Dès la fin du même siècle, le Parlement, sur appel comme d'abus, annule lui-même les procédures et jugements des officialités empiétant sur la justice du roi.

§ 2. — *Les justices seigneuriales.*

A mesure que s'affirme le principe que toute justice émane du roi, les justices seigneuriales perdent leur fondement juridique, la souveraineté féodale. Elles se justifient par une concession du roi, représentant de l'intérêt public : d'où la faculté pour le souverain de régler leur organisation, de contrôler leur fonctionnement, de réduire leur compétence.

Dans leur organisation, les justices seigneuriales perdent peu à peu leurs caractères d'origine féodale, et deviennent, comme les tribunaux du roi, des juridictions de professionnels. Cette transformation s'opère par la disparition du jugement par les pairs et la suppression du pouvoir propre de juger du seigneur.

L'élimination des vassaux ou des vilains des cours seigneuriales s'est opérée insensiblement, du XIII^e au XV^e siècle, de leur propre fait ; ils ont cessé de venir à la cour du seigneur, à mesure que s'est substituée, à la procédure orale et formaliste, aux modes de preuve externes, aisés à constater (jugements de Dieu, duel judiciaire), une procédure savante, comportant de nombreux écrits et reposant sur la preuve par témoins, plus subtile, plus malaisée à

interpréter. Ils ont d'eux-mêmes cédé peu à peu la place à des juristes de profession, à l'officier diplômé du seigneur, conseillé par des praticiens juristes. C'est un des traits les plus originaux de la justice féodale qui disparaît. Il apparaît aux parties elles-mêmes que des juges instruits dans le droit leur offrent plus de garanties d'une bonne justice que leurs propres pairs, ignorants des subtilités de la procédure.

La même considération élimine le seigneur. La jurisprudence du XVI^e siècle lui interdit de participer personnellement aux actes de sa juridiction : il doit nommer un juge de profession.

L'ordonnance d'Orléans impose au juge du seigneur un examen, subi devant les juges du baillage ; elle prescrit au seigneur de lui donner des gages. Le seigneur peut révoquer son juge, à moins que celui-ci ne lui ait acheté sa charge, ou ait été nommé en raison des services rendus au seigneur. Le juge peut résigner sa charge entre vifs à prix d'argent, s'il l'a achetée ; mais jamais les offices de juges seigneuriaux ne sont devenus héréditaires.

Cette intervention du roi dans la justice des seigneurs est un fait nouveau. Elle se justifie par le changement du titre des seigneurs à juger, la concession royale. Le roi, maître de la justice, a le pouvoir de l'organiser dans l'intérêt de sa bonne administration. La même préoccupation explique le jeu de la prévention. Le juge royal, saisi d'une affaire où le défendeur est justiciable d'un seigneur, a le droit de la retenir, à moins que le seigneur n'en réclame le renvoi devant sa juridiction, et parfois même, cette réserve est écartée. Le roi a concédé la justice au sei-

gneur, mais à la condition qu'il la ferait rendre avec soin ; on présume la négligence du seigneur. Dès le XIV^e siècle, d'ailleurs, il est admis que le seigneur qui se sert de sa justice pour commettre des abus, ou ne fait pas rendre justice à ses sujets, peut en être privé à perpétuité. Cette théorie est susceptible, par la grave sanction qu'elle implique, de garantir aux plaideurs une bonne justice devant la cour du seigneur.

A partir du XVI^e siècle, les juristes fondent la prévention sur l'idée que le roi peut revenir sur la concession qu'il a faite de la justice. L'ordonnance de mai 1788 admet la prévention absolue, sans droit de renvoi au seigneur, sauf disposition contraire de la coutume. Le défendeur n'a jamais pu demander le renvoi : sa prétention, disent les juristes, manquerait d'intérêt, parce qu'il trouve plus de garanties devant la justice royale que devant la justice seigneuriale. L'ordonnance de mai 1788 lui permet, au contraire, assigné devant le juge seigneurial, de demander son renvoi devant le juge du roi (1).

La théorie des cas royaux, pendant de la théorie des cas privilégiés, a permis d'attribuer aux juridictions royales des affaires de plus en plus nombreuses, enlevées à la compétence des juges seigneuriaux, comme rentrant dans le droit personnel du roi (lèse-majesté, fausse monnaie) ou comme portant atteinte à la paix publique, dont le roi est le gardien (actions possessoires, données à raison de troubles et dépossessions violentes ; puis, au XVI^e siècle, crimes

(1) ISAMBERT, *Anciennes lois*, XXVIII, p. 542.

et délits graves). Ici aussi, les juristes se gardaient d'arrêter la liste de ces cas, afin de pouvoir en ajouter de nouveaux.

Par ces procédés de la prévention et des cas royaux, le pouvoir royal a enlevé à son profit aux cours seigneuriales la plus grande partie de leurs attributions. La justice féodale proprement dite, celle qui rend le vassal justiciable personnellement de son seigneur, en raison du contrat de fief, ne s'est maintenue, à partir du XIII^e siècle, que dans les cas exceptionnels de l'hommage-lige. Attribut de la souveraineté de l'Etat, la justice ne pouvait plus dériver d'une convention ; elle a survécu seulement, sous le nom de justice foncière, pour les litiges relatifs aux tenures, jusqu'au XV^e siècle ; elle se réduit alors au droit de saisie féodale ou censuelle sans autorité de justice, et disparaît complètement au XVI^e siècle.

Par l'appel, la royauté a enlevé aux justices des seigneurs la qualité de cours souveraines. L'appel s'est d'abord introduit, sous l'influence du droit romain, mais avec des règles imprégnées de droit féodal, entre justices royales, d'une part, justices seigneuriales, d'autre part ; puis de la juridiction seigneuriale à la juridiction royale. Cet appel est d'abord porté devant la cour du roi, en qualité de suzerain, pour déni de justice ou faussemment de jugement, et dirigé contre le juge, sans que le juge d'appel connaisse du fond. Puis, au XIV^e siècle, il est porté devant le bailli royal, mais après épuisement de toute la hiérarchie féodale ; du bailli, il peut être appelé au Parlement. La juridiction des pairs de France relève directement en appel du Parlement. L'appel est progressivement admis pour un motif quelconque ; assez tard, le

juge d'appel garde compétence sur le fond, et le premier juge est mis hors de cause.

L'intervention de la royauté a réduit les justices féodales, si puissantes jusqu'au XIII^e siècle, au rôle de juridictions subalternes, et vidées de leur substance. Elle en a fait, suivant l'expression de Guy Coquille, au XVI^e siècle, « des corps sans âme et sans sang ». Leur survivance, après la destruction de la puissance politique des seigneurs, n'était qu'une anomalie, un anachronisme et, malgré le contrôle législatif et judiciaire exercé sur elles par l'autorité royale, l'exception qu'elles maintenaient à l'unité de la justice ne se justifiait pas par les services rendus. Elles constituaient des organismes gênants et encombrants. Privés d'une source de profits par la réduction de leur compétence, les seigneurs ne tenaient à leur maintien que parce qu'elles leur conféraient une dignité, et leur donnaient le moyen de faire rentrer les redevances féodales. Ils se souciaient peu de la manière dont leur délégué, mal payé, nommé sans passer l'examen réglementaire, administrait la justice.

Enfin l'appel devait suivre tous les degrés de la hiérarchie féodale, puis les degrés de la justice royale ; aucun maximum n'était fixé au nombre des appels, aucun minimum, au montant du litige donnant ouverture à l'appel. La faculté d'appeler quatre, cinq ou six fois rendait les procès « immortels » et entraînait des frais énormes, qui dépassaient souvent la valeur litigieuse.

Section II. — L'ORGANISATION DE LA JUSTICE ROYALE

En réduisant à presque rien la compétence des justices ecclésiastiques et seigneuriales, la royauté a presque réalisé, en fait, a réalisé en droit, à son profit l'unité de la justice publique. Mais au sein même de cet ordre de juridiction, l'unité existe-t-elle, et l'égalité est-elle effective entre les justiciables ? L'état politique et social des derniers siècles de l'ancien régime conduit à une réponse négative. La monarchie fondée à l'imitation du droit du Bas-Empire aboutit à l'absolutisme. Le roi réunit en ses mains tous les pouvoirs et la notion de séparation des pouvoirs est inconnue : il peut donc agir, comme législateur, ou même dans une espèce déterminée, sur le cours de la justice, en modifiant les règles de l'organisation judiciaire ou de la compétence.

D'autre part, la société de l'ancien régime est fondée sur le principe aristocratique, l'existence de classes privilégiées : il serait logique que le privilège s'étendît à la juridiction.

§ 1^{er}. — Le collège des pairs.

A cet égard s'est maintenue au Parlement une règle d'origine féodale qui, disparue des juridictions seigneuriales et étroitement limitée à un petit nombre de personnes, a bien le caractère d'un privilège. Les pairs de France ont le droit de siéger et de délibérer au Parlement ; ils ont le privilège du jugement par les pairs, d'être jugés par un tribunal où siègent les autres pairs exclusivement. Ils ont

même émis la prétention d'être jugés non pas par le Parlement, avec adjonction des pairs, mais par les pairs seuls, à l'exclusion des autres membres du Parlement, et même du représentant du roi ; cette tentative n'a pas abouti.

Le privilège du jugement par les pairs ne s'applique d'ailleurs que dans des cas limités : poursuites criminelles, et procès concernant la pairie, ou ayant avec elle une connexité nécessaire.

Le recrutement des six pairs laïques s'est tari par la réunion à la couronne des grands fiefs auxquels cette qualité était attachée. Philippe le Bel a comblé les vides en érigeant en pairies l'Anjou, la Bretagne et l'Artois. Dès lors, le nombre des pairs n'est plus immuablement fixé à douze : puisque le roi a le pouvoir d'en créer, il peut en créer autant qu'il le veut. Jusqu'au XVI^e siècle, cette dignité est réservée aux enfants de France et aux princes du sang ; puis les rois l'attribuent aux conditions qu'ils fixent, quelquefois même à titre personnel et viager.

Le collège des pairs ne fonctionnait qu'auprès du Parlement de Paris, puisque, par son origine, il représentait l'élément féodal du jugement par les pairs contenu dans la *Curia regis*. Cependant, au XVIII^e siècle, les Parlements de province soutinrent la théorie des classes, suivant laquelle tous les Parlements ne formaient qu'un seul corps, dont chacun d'eux était une classe. En 1764, les Parlements de **Rouen** et de **Toulouse** prétendirent connaître des délits commis par un pair dans leur ressort, les autres pairs étant présents ou dûment convoqués.

§ 2. — *Les privilèges des nobles.*

Tandis que les privilèges des nobles touchant au droit public (fonctions réservées ; exemptions d'impôts) se sont développés sous la monarchie absolue, les privilèges relatifs à l'organisation judiciaire et à la procédure, qui tenaient aux règles de la justice féodale, se sont atténués sensiblement, quand la justice royale s'est étendue sur eux. Ceux qui subsistent concernent pour la plupart le droit pénal : en matière criminelle, ils comparaissent devant la Grand' Chambre, et non devant la Tournelle ; les peines de la pendaison, du fouet, de la hart, ne peuvent être prononcées contre eux.

Les nobles et les puissants obtenaient facilement du roi des lettres d'abolition et de pardon, qui les amnistiaient, et, largement accordées, elles arrêtaient abusivement le cours de la justice criminelle. Les Etats généraux ont souvent protesté contre l'abus qui en était fait. Au civil comme au criminel, les nobles ne sont pas justiciables des prévôts royaux ; ils comparaissent en première instance devant le bailli ou le sénéchal, ce qui leur procure l'avantage d'un seul degré d'appel, devant le Parlement.

En somme, au point de vue de l'organisation judiciaire, de la compétence et de la procédure, la situation des nobles et des roturiers, sous les réserves ci-dessus dans l'ordre criminel, est sensiblement la même. Sauf la compétence du bailli, ils sont jugés par les mêmes organes judiciaires, composés des mêmes membres et la procédure de l'instance, les modes de preuve, les pouvoirs du juge, s'appliquent indépendamment de la classe sociale. Rien de sem-

blable au jugement par les pairs, au duel judiciaire, à l'appel de faux jugement. Les tribunaux du roi ont une compétence égale à l'égard de tous.

Il en est de même entre clercs et laïques, sous réserve de la compétence personnelle et réelle des cours d'Eglise, bien réduites et délaissées même par les plaideurs, quand une option leur est ouverte.

§ 3. — *La situation des protestants.*

Jusqu'à l'Edit de Nantes, promulgué par Henri IV, en 1598, les protestants vivent sous un statut provisoire et variable. Hérétiques, ils sont passibles de poursuites criminelles et une série d'ordonnances, d'édits ou de déclarations, de 1529 à 1559, édictent ou modifient les peines et attribuent compétence, tantôt aux juges royaux, tantôt aux tribunaux d'Eglise. Puis des édits de pacification interviennent, au milieu des guerres de religion.

L'Edit de Nantes confère aux protestants la pleine capacité civile. Leurs mariages seront valablement célébrés devant leurs pasteurs, et les articles secrets de l'Edit attribuent compétence aux Parlements pour leurs causes matrimoniales.

Au point de vue judiciaire, les procès de la compétence d'un Parlement, dans lesquels un protestant est partie principale, comme demandeur ou comme défendeur, sont portés devant une Chambre spéciale, la Chambre de l'Edit, composée mi-partie de conseillers catholiques et de conseillers protestants.

Dans les présidiaux jugeant en dernier ressort, les pro-

testants parties principales ont le droit de récuser deux juges sans motifs.

L'Edit de Nantes fut révoqué en 1685, mais dès 1669, les Chambres de l'Edit avaient été supprimées.

§ 4. — *La justice retenue.*

Les tribunaux royaux ordinaires : Parlements, présidiaux, bailliages, prévôtés, sont devenus à l'époque monarchique les juridictions de droit commun, compétentes en principe, sous les réserves déjà faites, à l'égard de toute personne, quelle que soit sa fonction, sa qualité dans l'ordre social, riches ou pauvres, clercs, nobles, bourgeois ou vilains. Mais si ces divers tribunaux rendent la justice en vertu d'un pouvoir délégué du roi, qui n'exerce plus en personne le pouvoir judiciaire, le principe subsiste que toute justice émane du roi. Il lui appartient de reprendre, de retenir la justice qu'il avait déléguée, en intervenant dans l'administration de la justice, non seulement par des mesures permanentes et générales, mais par des actes individuels, dans des espèces particulières. Le pouvoir du monarque absolu s'exerce ici avec un arbitraire complet, pour modifier l'ordre des juridictions, supprimer l'œuvre des juges, ou arrêter le cours de la justice. L'unité de la justice et l'égalité des justiciables ne sont plus respectées.

L'évocation, que nous avons vue pratiquée sous l'Empire romain, enlève un litige à la juridiction normalement compétente, pour le faire trancher par le Conseil du roi. Elle se produit même quand le tribunal compétent est déjà saisi. Elle prive ainsi les plaideurs de leur juge naturel. Malgré les protestations des Parlements et des Etats géné-

raux, l'évocation a été fréquemment appliquée depuis le XIV^e siècle.

Le Conseil du roi, devant qui est porté le litige évoqué, est un organe politique qui s'est détaché de la *Curia regis*, comme le Parlement. Il se compose des grands officiers de la couronne, des princes du sang, des principaux seigneurs, et surtout de clercs et légistes professionnels. Des maîtres des requêtes rapportent les affaires, principalement judiciaires.

La multiplication des affaires judiciaires soumises au Conseil du roi détermina au XV^e siècle la formation d'une section spéciale, composée du chancelier et des maîtres des requêtes, mais où les autres membres pouvaient venir siéger. Charles VIII créa un Grand Conseil, avec un personnel propre de conseillers, et il interdit aux membres du Conseil d'y siéger. Louis XII en fit une cour souveraine ; puis un président en titre d'office lui fut donné. En dehors des évocations, il reçut compétence pour les causes relatives aux bénéfices conférés en vertu du Concordat de 1516, en matière d'offices, de règlement de juges ; mais le Conseil du roi conservait l'examen des propositions d'erreurs et des requêtes en revision.

La création du Grand Conseil, cour de justice véritable, n'empêcha nullement les évocations au Conseil du roi de se multiplier. Une section du Conseil, le Conseil privé, puis le Conseil des parties, furent chargés du jugement des évocations, des voies de recours fondées sur la justice retenue, des règlements de juges et des conflits entre cours souveraines. En 1673, les conseillers à brevet sont supprimés. Les pairs de France et les princes du sang, membres de

droit du Conseil des parties, n'y viennent plus, et le Conseil du roi ne comprend plus que des conseillers ordinaires. Il est présidé par le chancelier ; les ministres et les intendants y ont entrée de droit. Il comprend, à partir de 1673, trois conseillers d'Eglise, deux conseillers d'épée, douze conseillers de robe longue ordinaires, servant toute l'année, et douze *semestres*, à fonctions semestrielles. Ils ont leur charge en commission, mais devinrent cependant inamovibles, sans être atteints par la vénalité. Les maîtres des requêtes, quoique érigés en offices vénaux et héréditaires, sont plus dépendants du roi ; mais ils ne délibèrent que sur les affaires qu'ils ont rapportées.

Le Conseil des parties est le juge des évocations et de la cassation. Les décisions en dernier ressort des cours souveraines sont inattaquables. Le roi, maître de la justice, peut cependant les casser. Par la proposition d'erreur, le plaideur victime d'une erreur de fait adresse une requête au Conseil du roi ; s'il admet l'erreur, le Parlement qui a rendu l'arrêt est invité par lettres patentes à le reviser. Les abus suscités par l'emploi de cette voie de recours, et son extension irrégulière à l'erreur de droit, la firent supprimer par l'ordonnance sur la procédure de 1667.

Le pouvoir en cassation est intenté devant le Conseil du roi, pour violation des ordonnances ou coutumes. La recevabilité du pourvoi est examinée préalablement, sur le rapport d'un maître des requêtes, par des commissaires choisis parmi les conseillers d'Etat. En fait, c'est le maître des requêtes qui décide, et la garantie est médiocre pour les parties.

En vertu de son pouvoir arbitraire de justice, le roi peut

encore modifier gravement l'ordre des juridictions, par le privilège de *committimus*, et surtout par l'institution des jugements par commissaires.

Les lettres de *committimus* confèrent à de hauts seigneurs, fonctionnaires ou dignitaires, à titre permanent, le privilège d'attirer toutes les causes civiles dépassant une certaine somme, où ils sont demandeurs ou défendeurs, devant des juridictions spéciales, les requêtes du Palais, ou les requêtes de l'Hôtel le roi. Le droit de *committimus* du petit sceau donne un privilège semblable à des fonctionnaires provinciaux devant la Chambre des requêtes du Parlement de leur ressort. Le roi peut aussi conférer le même privilège à une personne par des lettres spéciales.

Enfin, par une commission extraordinaire, le roi confie à une ou plusieurs personnes le droit de trancher souverainement une affaire déterminée, avec des pouvoirs limités à l'affaire. C'est un tribunal d'occasion, constitué en vue d'une affaire spéciale, et la monarchie en a abusé pour juger les procès politiques. Sur les réclamations des Etats généraux, le roi, par l'ordonnance de Blois de 1579, révoqua toutes les commissions extraordinaires antérieurement accordées, et promit de ne plus en accorder, mais cette promesse fut interprétée comme concernant exclusivement les litiges d'intérêt privé.

BIBLIOGRAPHIE

- BEAUCHET. — *Histoire de l'organisation judiciaire en France, Epoque franque* (1886).
- DECLAREUIL. — *Histoire générale du droit français des origines à 1789*, Paris (1925).
- DECLAREUIL. — *La justice dans les coutumes primitives*, Paris (1889).
- DECLAREUIL. — *Etudes sur le droit français I. Les preuves judiciaires dans le droit français et étranger* (1899).
- BRISSAUD. — *Cours d'Histoire générale du Droit français public et privé*, 2 vol. Paris (1904).
- CHENON. — *Histoire générale du Droit français public et privé des origines à 1815*, Paris (1921).
- ESMEIN. — *Cours élémentaire d'Histoire du Droit français*, 14^e édition, Paris (1921).
- ESMEIN. — *Le mariage en droit canonique*, 2 vol., Paris (1891).
- FLACH. — *Les origines de l'ancienne France*, 3 vol. (1886, 1893, 1904).
- FLAMMERMONT (J.). — *Le chancelier Maupeou et les Parlements*, 1 vol., Paris (1884).
- FOURNIER (Paul). — *Les officialités au Moyen-Age*, 1 vol., Paris (1880).
- FOURNIER (Marcel). — *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, 1 vol., Paris (1881).
- FUSTEL DE COULANGES. — *La Monarchie franque*, 1 vol., Paris (1888).

- GENESTAL DU CHAUMEIL. — *L'organisation judiciaire sous l'ancien régime*, Cours de Doctorat, Paris (1927-1928).
- GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions de la France*, 8 vol. parus (1887-1903).
- JOUSSE. — *Traité de l'administration de la justice*, 2 vol., Paris (1771).
- LOYSEAU. — *Traité des offices*.
- LOYSEAU. — *Discours sur l'abus des justices de village*.
- LUCHAIRE. — *Histoire des institutions monarchiques sous les premiers Capétiens* (1892).
- LUCHAIRE. — *Les communes françaises à l'époque des Capétiens directs* (1890).
- LUCHAIRE. — *Manuel des institutions françaises*.
- PARDESSUS. — *Essai sur l'organisation judiciaire*.
- SELIGMAN. — *La justice pendant la Révolution*.
- VIOLLET. — *Précis sur l'histoire du droit français*, 8^e édit. (1893).
— *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, 3 vol.
-

TROISIÈME PARTIE

L'ÉGALITÉ DEVANT LA JUSTICE

EN DROIT MUSULMAN

Dans le droit romain, nous avons vu les institutions civiles se séculariser dès la chute de la royauté, et les pontifes perdre, avec la divulgation du calendrier et des règles de la procédure, l'influence qu'ils assuraient à l'aristocratie dans l'administration de la justice. Désormais l'égalité devant les tribunaux est garantie, dans la mesure que nous avons précisée, par les règles juridiques d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure. La religion et la morale demeurent étrangères à l'exercice des droits en justice.

L'ancien droit français porte, au contraire, dans le domaine judiciaire, comme sur le terrain politique et social, l'empreinte profonde du christianisme. Sa morale domine l'anarchie mérovingienne et carolingienne et inspire aux rois encore barbares le sentiment d'une justice plus douce et égale pour tous. Sous l'influence de sa puissance morale, l'Eglise conquiert la puissance politique et judiciaire. Elle

réussit à enlever aux tribunaux de l'Etat la compétence sur ses clercs, et sur nombre d'affaires temporelles *ratione materiæ*, et à faire reconnaître par la royauté sa juridiction. Puis les cours d'Eglise déclinent, à mesure qu'une plus parfaite organisation des tribunaux royaux, à elles empruntée, enlève à ces cours une des principales raisons de leur succès. A la fin de l'ancien droit, le privilège du for, bien entamé, n'apparaît plus que comme un aspect de l'organisation politique et sociale, fondée sur le principe aristocratique.

CHAPITRE PREMIER

L'essence religieuse du droit et de la justice islamiques

L'action de la religion sur l'égalité devant la justice apparaît autrement profonde et différente, dans sa nature comme dans ses résultats, si nous étudions le droit musulman. Bien loin de dégénérer en privilèges de juridiction, comme avec les pontifes à Rome, et les justices d'Eglise dans l'ancien droit, on peut dire que les préceptes de la religion et de la morale coraniques ont réalisé dans le monde musulman une justice intrinsèquement égale pour tous. Et si profonde est leur influence, que cet idéal a pu se réaliser sans faire appel, comme à Rome, comme sous l'ancienne monarchie, comme dans les législations modernes, à un appareil savant et compliqué de règles juridiques d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure.

C'est un des traits caractéristiques des institutions musulmanes, jusqu'à une époque toute récente, que la confusion de la religion et du droit. Les lois civiles, sécularisées dès la République romaine, peu à peu dégagées, dans l'ancien droit, de l'emprise de l'Eglise, et complètement laïcisées dans les Etats modernes, sont, chez certains peuples

de l'Islam, sous la dépendance absolue du droit religieux ou, plus exactement, de la religion.

Cette confusion s'explique par l'origine même de la puissance musulmane. Mahomet est, avant tout, le prophète, l'envoyé de Dieu ; le Coran est le livre de la religion nouvelle, révélée par la Divinité à son envoyé, et qui doit remplacer le Pentateuque et l'Evangile. Pour faire accepter aux barbares vivant sous le principe de la force, aux Gréco-Latins, fanatisés par les querelles théologiques, les réformes profondes qu'il apportait, les idées de tolérance et de charité, la limitation de l'omnipotence paternelle et conjugale de l'homme, la restriction des abus de la polygamie, Mahomet avait dû prêter une origine surnaturelle à ses réformes et se donner comme inspiré de la divinité. Le Coran, c'est une vaste encyclopédie des sciences divines et humaines. Il n'est pas seulement le livre de la philosophie, de la religion et de la morale musulmanes, mais plus que les livres sacrés des juifs et des chrétiens, il est la source fondamentale de la règle juridique.

Cet aspect original du droit musulman est particulièrement accusé dans le domaine de la justice musulmane. L'organisation judiciaire n'y est pas savamment réglée et hiérarchisée par des textes législatifs, en vue d'assurer aux plaideurs toutes les garanties d'une égale justice. Les règles de compétence sont simples. La procédure, dont la technique compliquée apparaît à la mentalité occidentale comme le réduit central de l'égalité des justiciables, est à peu près inexistante, aussi bien en matière civile qu'en matière criminelle. Les garanties d'une impartiale justice se trouvent précisément dans cette absence de formes, qui laisse

aux plaideurs toute liberté d'exprimer leurs prétentions et au juge, le pouvoir de statuer d'après sa conviction, en s'inspirant moins de règles juridiques que de principes psychologiques et moraux, tirés des textes sacrés.

*Section I. — L'ESPRIT D'ÉGALITÉ ET DE JUSTICE DANS LA
DOCTRINE DU CORAN*

Justice, égalité, charité, tolérance, sont, en effet, les idées maîtresses de la doctrine de Mahomet, et il importe de nous y arrêter, puisqu'aussi bien, elles sont à la base du droit musulman et de la justice musulmane.

C'est par les idées d'égalité et de justice que s'explique la diffusion rapide du mahométanisme. Avant Mahomet, l'Arabie se composait de provinces indépendantes et de tribus toujours en guerre ; un siècle après l'apparition de sa doctrine, l'empire des Arabes s'étendait de l'Inde à l'Espagne et, aujourd'hui encore, malgré la perte de sa puissance politique et civilisatrice, l'islamisme compte plus de cent millions de disciples, répartis dans le monde entier.

Ce développement extraordinaire et soutenu de la religion musulmane ne s'explique pas par le relâchement de sa morale, comme on l'a prétendu, ni par la seule puissance de la force. Mahomet recommande la guerre contre les idolâtres et les incrédules, mais il est très tolérant pour les juifs et les chrétiens, les « hommes des écritures », dont sa doctrine est inspirée. Plusieurs passages du Coran le démontrent.

« Parmi les juifs et les chrétiens, il y en a qui croient en Dieu et aux livres envoyés à vous et à eux, qui s'humilient

devant Dieu et ne vendent point ses enseignements pour un vil prix.

Ils trouveront leur récompense auprès de Dieu, qui est prompt à régler les comptes.

N'engagez des controverses avec les hommes des Ecritures que de la manière la plus honnête, à moins que ce ne soient des méchants ; dites : Nous croyons aux livres qui nous ont été envoyés, ainsi qu'à ceux qui vous ont été envoyés. Notre Dieu et le vôtre sont un, et nous nous résignons entièrement à sa volonté. » (1).

« Sur les pas des autres prophètes, nous avons envoyé Jésus, fils de Marie, pour confirmer le Pentateuque ; nous lui avons donné l'Evangile, qui contient la direction et la lumière ; il confirme le Pentateuque ; l'Evangile contient aussi la direction et l'avertissement pour ceux qui craignent Dieu. » (2)

« Supporte avec patience les discours des infidèles, et sépare-toi d'eux d'une manière convenable. » (3)

« Point de contrainte en religion. La vraie route se distingue assez de l'erreur. » (4)

Enfin : « Nous avons établi pour chaque nation les rites sacrés qu'elle suit. Qu'ils cessent donc de se disputer avec toi sur cette matière. » (5) « Les gens de l'Evangile jureront selon l'Evangile. Ceux qui ne jureront pas d'après un livre de Dieu seront infidèles. » (6)

(1) *Coran*, XXIX.

(2) *Coran*, V.

(3) *Coran*, XXIII.

(4) *Coran*, II.

(5) *Coran*, XII.

(6) *Coran*, XXIII.

Dans la conquête même, les Arabes, suivant à la lettre les préceptes du Prophète, se sont montrés tolérants, et ils n'ont pas cherché à imposer par la force leur croyance aux peuples vaincus. Ils se déclaraient toujours prêts à respecter leur foi et leurs coutumes. En échange de la paix qu'ils leur assuraient, ils ne leur imposaient qu'un très faible tribut, inférieur aux impôts qui les écrasaient auparavant.

Quand le khalife Omar entre à Jérusalem, un petit nombre seulement de compagnons sont à ses côtés. Il demande au patriarche Sophronius de l'accompagner dans la visite des Lieux Saints. Il déclare aux habitants qu'ils sont en sûreté, que leurs biens et leurs églises seront respectés, et que les mahométans s'abstiendront de faire leurs prières dans les églises chrétiennes (1). Combien différente, quelques siècles plus tard, l'attitude des croisés à leur entrée dans Jérusalem : ils massacrent sans pitié les musulmans ; ils brûlent les juifs. Le Coran, qui commande de combattre la religion avec l'épée, est tolérant pour les religieux. Il a exempté de l'impôt les patriarches, les moines et leurs serviteurs. Mahomet défendit spécialement à ses lieutenants de tuer les moines, parce que ce sont des hommes de prière (2).

En Egypte, Amrou ibn Al-Ass se conduit avec une égale bienveillance. Il propose aux habitants une liberté religieuse complète, une justice impartiale pour tous, l'inviolabilité des propriétés et le remplacement des impôts arbitraires et excessifs des empereurs d'Orient par une

(1) LEBON, *Civilisation des Arabes*, p. 114.

(2) MICHAUD, *Histoire des Croisades*, cité par LEBON, *op. cit.*, p. 104.

capitation annuelle de 15 francs. Les habitants adhèrent aussitôt au traité, ils paient le tribut d'avance, et les Arabes respectent si religieusement les conventions que toute l'Egypte adopte leur religion et leur langue (1).

Sous les premiers successeurs de Mahomet, le régime de l'Islam est encore démocratique. Le droit est le même pour tous, et l'égalité dans la justice est absolue.

Abou-Bakr, premier successeur de Mahomet, après avoir reçu le serment de fidélité de ses compagnons, leur fait la déclaration suivante : « Me voici chargé du soin de vous gouverner. Si je fais bien, aidez-moi ; si je fais mal, redressez-moi. Dire la vérité au dépositaire du pouvoir est un acte de zèle et de dévouement ; la lui cacher est une trahison. Devant moi, l'homme faible et l'homme puissant sont égaux ; je veux rendre à tous une justice impartiale. Si jamais je m'écarte des lois de Dieu et de son prophète, je cesserai d'avoir droit à votre obéissance. » (2) On ne saurait marquer plus nettement le fondement religieux et moral de la souveraineté, poussé jusqu'à son corollaire extrême : la déposition du souverain qui enfreint les préceptes de Dieu. On croirait entendre les théologiens et les pontifes du Moyen-Age délier les sujets de l'obéissance au roi, quand il enfreint les préceptes de la religion.

Le second khalife, Omar, prononce des paroles analogues : « O vous qui m'écoutez, sachez bien qu'il n'y aura jamais d'homme plus puissant à mes yeux que le plus faible d'entre vous, lorsqu'il aura pour lui la justice, et que ja-

(1) LEBON, *op. cit.* p. 115.

(2) LEBON, *op. cit.* p. 121.

mais homme ne me paraîtra plus faible que le plus puissant parmi vous, s'il élève des prétentions injustes » (1).

Omar mit en pratique d'une manière exemplaire cette idée d'une justice égale pour tous, sans distinction de faible ou de puissant. Le roi chrétien des Ghassamides, converti à l'islamisme avec ses tribus, était venu rendre visite à Omar à la Mecque. Ayant frappé un Arabe qui l'avait heurté par mégarde, il est condamné par Omar à la peine du talion. « Eh quoi ! commandeur des croyants, s'écrie le roi, ne distinguez-vous pas entre le chef de tant de tribus et le bas peuple ? — Telle est la loi de l'Islam, répond Omar : il n'y a devant elle ni privilèges, ni castes. Tous les sujets étaient égaux aux yeux du Prophète, comme ils le sont à ceux de ses successeurs » (2). Le roi demanda deux jours pour réfléchir et alla se réfugier chez l'empereur d'Orient Héraclius.

C'est Omar qui, le premier, délégua les fonctions judiciaires à des cadis. Il prit pour collègue à Médine Abou-Derfa ; il désigna Choreïh pour être cadi à Basra, et Abou Mouça Al-Achâri pour rendre la justice à Koufa. C'est à ce dernier qu'il adressa l'épître célèbre qui énumère tous les devoirs d'un cadi. Nous la citons intégralement, parce qu'elle caractérise admirablement la conception juridique et morale de la justice pour les musulmans.

« Rendre la justice est une obligation rigoureuse, un usage qu'il faut suivre. Ecoute les plaideurs avec attention, car à quoi bon réclamer ses droits, si cela ne produit point

(1) LEBON, *op. cit.* p. 122.

(2) LEBON, *op. cit.* p. 121.

d'effet ? Dans tes regards, dans ton tribunal et dans ta justice, qu'il y ait pour tous égalité parfaite, afin que l'homme puissant ne compte pas sur ta partialité, et que l'homme faible ne désespère pas de ta justice. C'est au demandeur à fournir la preuve et au défendeur à se purger par serment. Entre musulmans, la transaction est permise, tant qu'elle n'autorise pas ce qui est défendu et qu'elle ne défend pas ce qui est autorisé. Si tu as prononcé un jugement la veille, et, qu'en y réfléchissant le lendemain, tu sois conduit à rectifier ton opinion, n'hésite pas à revenir à la vérité, car la vérité est éternelle, mieux vaut y revenir que persister dans l'erreur. Pèse bien les opinions qui te passeront par la tête, et qui n'auront ni le Coran ni la *Sounnah* pour les justifier. Familiarise-toi avec les ressemblances des choses et leurs similitudes, afin de pouvoir juger chaque chose d'après celles qui lui sont analogues. Si un plaideur déclare qu'il n'a pas avec lui le titre ou la preuve dont il veut se servir, remets la cause à un autre jour, afin qu'il puisse trouver ce qui lui manque. Si, à l'expiration du délai, il produit la preuve qu'il cherchait, décide en sa faveur ; s'il ne le fait pas, prononce contre lui. C'est la meilleure manière de dissiper les doutes qu'on peut avoir, et d'éclairer son ignorance.

Les musulmans peuvent être *adls* (témoins irréprochables) les uns des autres, excepté ceux qui ont subi une peine corporelle, ou qui ont été convaincus de faux témoignage, ou que l'on suspecte de se donner comme clients ou membres d'une famille qui n'est pas la leur. Dieu, que son nom soit glorifié ! est le seul juge qui puisse se passer de serments et de preuves testimoniales.

Pendant l'audience, ne cède pas à des mouvements d'impatience ou d'ennui ; ne traite pas les plaideurs avec dédain. Dieu réserve une grande récompense et une honorable mention à celui qui rétablit la vérité et la remet dans sa place. Salut ! » (1).

Section II. — LA FORMATION HISTORIQUE DU DROIT MUSULMAN

L'histoire des sources du droit positif et de la formation de la justice musulmane montre bien que ce droit et cette justice sont issus du livre sacré de la religion, qui constitue leur source fondamentale, et ce point de départ marque l'originalité de la législation musulmane. On a voulu voir dans celle-ci une copie à peine modifiée du droit romain. Lorsque la domination de l'Islam a franchi les limites de la péninsule arabique, et s'est étendue à la Syrie et à la Mésopotamie, elle y a rencontré un état juridique inspiré du système du droit romain, et les différends à résoudre étaient issus de transactions formées sous le régime de ce droit, dont certaines, par exemple, la location, l'hypothèque, étaient inconnues dans le droit arabe. Pour éviter les conséquences désastreuses d'une interruption prolongée de la justice, le conquérant musulman a dû, suivant certains auteurs, élargir le droit qu'il apportait de l'Hedjaz ou de l'Iraq, et y insérer les dispositions du droit romain, qu'il avait constamment à utiliser, pour résoudre les procès nés de transactions conclues sous l'empire de ce droit. Ces emprunts étaient, dit-on, d'autant plus naturels que la justice était parfaitement organisée en Syrie, et que le droit y était

(1) IBN KHALDOUN, *Prolégomènes*, I, p. 449.

enseigné dans la célèbre école de Beyrouth, fondée par Justinien. La formation du *Corpus juris* musulman est l'œuvre de savants qui ont enseigné le droit et exercé les fonctions du préteur en Syrie : on peut penser qu'à défaut de directives des souverains, ils ont puisé leurs inspirations dans les lois du pays où les Abassides érigèrent leur dynastie, après la chute des Oméiades.

Cette opinion répandue ne rend pas un compte exact de la formation historique du droit musulman. Sa source fondamentale, c'est bien le livre révélé, sur lequel sont venus se greffer successivement, pour l'éclairer et l'interpréter, les actes et décisions du Prophète (la *Sounnah*), puis les commentaires des docteurs de la loi; l'effort légal (*Al-Ijtihad*) travaille ensuite sur ces documents, ce qui prouve bien que le point de départ est le Coran, le Livre du dogme de la nouvelle religion.

§ 1^{er}. — *Le Coran.*

Pendant les dix premières années de sa mission, Mahomet fut en lutte avec les Abou-Soufians et la grande majorité de la population de la Mecque, et il transmet seulement à ses adeptes, alors peu nombreux, en dehors des dispositions relatives aux croyances, aux pratiques religieuses et aux expiations, quelques règles relatives au statut personnel. L'immense majorité des versets fut rendue après l'hégire, à Médine, et ils renferment les assises du droit positif. Le Coran fut dicté tout entier par le Prophète de son vivant. On l'écrivait sur des papyrus, des os d'épaules de mouton, des peaux de chameaux. Une édition complète fut faite après sa mort par les soins de son premier successeur, le

khalife Abou-Bakr, avec le concours des hommes qui le savaient par cœur. (1)

Avant sa mort, le Prophète marque la fin de son action législative, dans ces paroles prononcées sur le mont Arafat, devant une foule innombrable réunie pour le pèlerinage : « O peuples, écoutez mes paroles, car je ne sais si, une autre année, je pourrai me retrouver encore avec vous dans ce lieu. Soyez humains et justes entre vous. Que la vie et la propriété de chacun soient inviolables et sacrées pour les autres ; que celui qui a reçu un dépôt le rende fidèlement à celui qui le lui a remis. Vous paraîtrez devant votre Seigneur, et il vous demandera compte de vos actions.

O peuples, écoutez mes paroles et fixez-les dans vos esprits. Je vous ai tout révélé, je vous laisse une loi qui vous préservera à jamais de l'erreur, si vous y restez fidèlement attachés, une loi claire et positive, le livre de Dieu et la conduite de son Prophète ». (2).

Ce passage affirme nettement que le Prophète laisse à ses fidèles une loi positive. « Dans l'islamisme, la vérité est une : la vérité religieuse. Elle enferme toutes les vérités qui forment les bases des rapports de l'homme avec son créateur, avec la société tout entière et l'Etat, ainsi qu'avec ses semblables. L'erreur est donc un terme générique, visant les erreurs de tous genres qui peuvent être commises par les hommes : erreurs en croyance et en convictions, erreurs en pratiques religieuses, erreurs concernant, soit les actions que l'homme accomplit seul et qui n'intéressent

(1) SAWAS PACHA, *Etude sur la théorie du droit musulman*, tome I, p. 19.

(2) CHEHAB-EDDIN AHMED IBN ABD RABBIHI, EL AKD EL FARIAD tome II, p. 157.

que l'individu agissant, soit les actions qu'il ne peut effectuer que par le consentement et l'accord de la volonté de ses semblables (transactions), soit enfin les actions que l'homme accomplit seul, mais dont les effets sont nuisibles à ses semblables (actions punissables). L'homme qui suit la loi donnée par le Prophète de l'Islam peut donc se préserver de toutes les erreurs. Cette loi, claire et positive, est contenue dans le livre de Dieu et dans la conduite de son Prophète. » (1)

§ 2. — *La Sounnah.*

La conduite du Prophète forme, en effet, la seconde source du droit musulman, inséparable de la première, le Coran : celui-ci est le livre révélé de Dieu ; la conduite du Prophète est l'ensemble de ses paroles, de ses actes, de ses décisions, de ses solutions, de l'approbation expresse ou tacite qu'il donnait aux actes ou aux paroles d'autrui. Les jurisconsultes musulmans ont donné à cette source du droit le nom de *Sounnah*, face visible d'une chose, c'est-à-dire ici conduite visible, manifeste du Prophète. Les Occidentaux traduisent ce terme par tradition, probablement parce que cette partie de la législation s'est transmise oralement, avant d'avoir été fixée dans les recueils écrits. Les deux recueils les plus anciens, considérés comme les plus authentiques, sont le Recueil vrai de Abou Abdallah Mohammed Ismaïl al Boukhari (mort en 256 de l'Hégire), qui contient 7.395 faits du Prophète, et le Recueil vrai de Muslim, œuvre de Muslim (mort en 261) qui contient 7.275 faits.

(1) SAWAS PACHA, *Etude sur la théorie du droit musulman.*

Le Coran et la *Sounnah* sont les deux sources fondamentales, les sources mères du droit musulman, sources d'inspiration religieuse, l'une et l'autre : le Coran est la loi révélée, la *Sounnah* est l'ensemble des faits du Prophète, qui la complètent, l'éclairent et l'interprètent. Et c'est sur ces données que s'est exercée toute l'activité législative et judiciaire ultérieure. On est donc en droit d'affirmer le caractère indépendant et original de la législation musulmane, et son fondement essentiellement religieux, inspiré même par la divinité.

Parmi les faits innombrables et divers dont l'ensemble constitue la *Sounnah*, il convient de mentionner, comme intéressant de plus près notre sujet, les décisions rendues par le Prophète sur les différends qui lui étaient soumis. Mahomet fut à la fois chef militaire, prêtre et juge, et il attachait à l'œuvre de justice une importance capitale. Il sut résoudre les conflits qui étaient présentés à son tribunal avec une parfaite sagesse et équité, et à la satisfaction de tous, et ce talent a été une des causes essentielles de son prestige. Il exerçait lui-même dans Médine les fonctions de juge et, quand il s'absentait, il les déléguait aux savants du pays. A son retour, il se faisait rendre compte des sentences prononcées. S'il estimait que les dispositions légales appliquées n'étaient pas conformes à la justice, il reconnaissait qu'elles appartenaient à l'ancienne loi, la loi d'Abraham, mais il les faisait abroger ou les modifiait, soit par un verset du Coran, soit par sa propre autorité.

§ 3. — *L'Opinion unanime.*

Le lien entre ces deux sources fondamentales et la troisième source apparaît dans la méthode même qui l'a constituée. Le Prophète avait coutume de réunir ses compagnons, pour les consulter, non seulement sur des points non révélés, mais aussi à propos de l'application la plus convenable des ordres explicites du ciel. Après sa mort, son successeur, Abou Bakr, réunit aussi ceux qui avaient connu le Prophète, afin de fixer avec leur concours le sens précis d'une de ses paroles, l'interprétation la plus probable d'un de ses actes, ou la valeur qu'il convenait d'attribuer à son silence. Ces sortes de conférences sont devenues un procédé législatif normal sous le khalife Omar Al-Khatâb et ses successeurs ; elles ont servi à résoudre des problèmes juridiques et judiciaires, à constituer une jurisprudence et à augmenter les dispositions fondamentales de la loi, par des opinions unanimes (*idjma*) (1) rendues dans ces conseils. Mais le point de départ de cette activité, ce sont toujours les deux sources mères, le Coran et la conduite du Prophète. C'est toujours son attitude qu'il s'agit d'interpréter et, à mesure que les générations s'éloignent de lui, on consulte ses compagnons, puis les adeptes (ceux qui ont vécu autour des compagnons), enfin les suivants (ceux qui ont connu les adeptes). Omar Al-Khatâb réunissait souvent les savants et les jurisconsultes, pour leur demander si le Prophète avait réellement dit ou approuvé telle chose, ou bien s'il avait réellement laissé dire ou faire l'un des membres

(1) *Al-Idjma*, c'est l'opinion collective ou l'opinion unanime des juristes.

du corps islamique de son temps, sans blâmer ni approuver ses paroles ou ses actes. Il ne se bornait pas à cela ; il leur demandait quel sens était attribué, du vivant du Prophète, à chacune des choses dites ou faites, comment il fallait interpréter son silence, et si les nécessités et les intérêts de la société musulmane de leur temps rendaient utile ou nécessaire une interprétation respectant le fond, mais élargissant ou restreignant ses applications. Il leur demandait si pareilles modifications pouvaient être admises sans impiété.

Cette méthode d'interprétation offre, on le voit, assez de souplesse, non seulement pour compléter les sources fondamentales et résoudre les questions neuves, mais même pour y apporter les modifications exigées par le temps. Loin de demeurer immuables et intangibles, les lois fondamentales s'adaptaient ainsi à l'évolution des circonstances. Dans une certaine mesure, cette formation successive du droit musulman par l'opinion unanime, rappelle la formation du droit prétorien à Rome. Cependant, tandis que l'activité du préteur s'exerce à l'occasion de la fonction judiciaire, les décisions musulmanes rendues par les savants musulmans résolvent des questions de droit, soit à l'occasion d'un procès, soit même en dehors de tout conflit judiciaire. D'où un caractère de permanence et de généralité de leurs solutions, que les édits du préteur n'acquièrent que par la confirmation de leurs réformes par les préteurs successifs. La sentence rendue par l'opinion unanime d'une assemblée collective de savants est d'ailleurs revêtue d'une autorité plus forte que celle d'un magistrat élu pour une année.

Enfin, et surtout, les méthodes d'adaptation du droit

aux circonstances nouvelles sont différentes. Le préteur utilise, pour atténuer ou écarter les règles du *jus civile*, des procédés qui relèvent de la technique juridique (actions fictices, formules avec transposition, etc.), ou des considérations d'équité (actions de bonne foi, exception et action de dol). Dans leurs conférences législatives, les savants de l'Is-lam se servent de la méthode rationaliste. Ils prennent leur point d'appui, non pas sur une règle législative, comme les XII Tables, mais sur les règles religieuses et morales du livre sacré et de la *Sounnah*. Ils comparent ces deux autorités ; ils les analysent au point de vue de l'acception et de la valeur des termes, et de la portée de leur signification. Ils vérifient les raisons et précisent les circonstances qui ont motivé ces dispositions. Par leur accord unanime, ils y puisent des dispositions légales nouvelles ou modifient les dispositions existantes, sans jamais s'écarter des deux sources mères, qui constituent la vérité révélée et fondamentale.

§ 4. — *L'Analogie.*

Ces deux sources mères sont aussi à la base de la quatrième source du droit musulman, l'analogie, *Al-Kias*, dans laquelle se marque aussi, de façon caractéristique, le procédé technique de leur interprétation. L'analogie, c'est une méthode de raisonnement logique, qui assimile un fait nouveau, mais non encore apprécié sous l'angle du droit, à un autre fait déjà légalement qualifié. Une fois établie entre les deux faits, l'analogie justifie l'extension au fait nouveau des dispositions appliquées par la loi au fait analogue

précédemment apprécié par elle. Les textes saints sont la base de l'interprétation. Quant à la méthode intellectuelle d'analogie, elle s'autorise elle-même de la conduite du Prophète. Avant d'envoyer dans l'Yemen, avec pleins pouvoirs, Moaz ibn Djebel, il lui demanda : « Comment jugeras-tu les différends qui seront portés devant ton tribunal ? » Moaz répondit : « En appliquant la parole de Dieu ». — « Et si tu n'y trouves pas de dispositions applicables au cas qu'on te soumettra ? » — « J'aurai alors recours à la conduite de son Prophète. — « Et si elle ne te suffit pas ? », ajouta le Prophète. — « Alors je ferai de l'effort législatif (*ijtihād*) », répondit Moaz. Le Prophète remercia Dieu d'avoir suscité des hommes capables de servir les intérêts de la vraie religion, en rendant convenablement la justice dans les pays dont les habitants embrassent l'islamisme (1).

Moaz résolut ainsi par analogie un grand nombre de difficultés résultant de transactions inconnues dans le Hedjaz et, par conséquent, n'ayant pas formé l'objet de dispositions légales.

Le droit musulman repose donc bien sur une base exclusivement religieuse, le livre révélé de Dieu, interprété par la conduite de son Prophète ; les deux autres sources, l'opinion unanime et l'analogie, n'en sont que le développement rationnel, conformément aux principes du Coran et à la méthode induite de l'attitude du Prophète. Coran, *Sounnah*, opinion unanime, analogie constituent les quatre sources exclusives de la formation du droit positif musul-

(1) CHAMSUL-EDDIN AL-OSMANI, *Tabakat-Al-Foukaha*, p. 2.

man et lui confèrent l'originalité d'un droit bâti sur un fondement religieux.

La méthode d'élaboration est bien musulmane, comme les deux sources mères dont elle s'inspire, et où elle trouve son point d'appui. Et son double caractère religieux et sémitique ressort de la lutte longue et obstinée soutenue, dans l'accomplissement de ce travail législatif, par les jurisconsultes arabes, représentants de la doctrine islamique, contre les tenants de la métaphysique arienne, Syriens et Persans, qui ont fait les plus grands efforts pour se mettre à la tête du mouvement législatif (1). L'histoire de l'islamisation du droit, et l'éclipse qu'elle a subie sous la dynastie des Oméiades en Syrie, témoignent la vigueur de cette lutte, dont les juristes islamiques sortent définitivement vainqueurs, sous la dynastie des Abassites, avec le travail législatif d'Abou Hanifa.

Toute doctrine religieuse, reposant sur la révélation de la divinité, se considère comme la vérité unique, totale et exclusive. Pas plus que le dogme de l'Islam ne pouvait supporter le partage avec les dogmes d'autres religions, pas plus le droit qui en était issu ne pouvait adopter comme telles les institutions juridiques des peuples conquis et, plus généralement, toutes institutions nouvelles. Ce serait un acte d'impiété, de déclarer légales ou illégales les actions des hommes et l'usage des choses sur lesquelles il n'existe pas, dans le droit musulman, d'appréciation fondée sur la vérité révélée de l'Islam. Si Dieu et le Prophète n'ont pas qualifié une action humaine, une transaction, le juriscon-

(1) SAWAS PACHA, *op. cit.* p. 137.

sulte musulman ne peut l'admettre dans le corps de la législation qu'à la condition que sa qualification soit conforme à la vérité musulmane, et produite par des procédés corrects au point de vue de la science du droit islamique. Il faut donc rattacher ces actions à la vérité surnaturelle, les « islamiser » (*Tachri*). Par exemple, à mesure que la domination musulmane s'étend à de nouvelles contrées, les institutions de ces régions doivent être islamisées. Les délégués du khalife ne sauraient sans péché conserver les tribunaux établis, ni juger les procès nés des transactions antérieures d'après la loi sous laquelle elles ont été conclues. La législation, comme la juridiction, doivent être islamisées, ramenées aux principes conformes à la vérité révélée. L'unité de juridiction et de législation est commandée, moins par l'idée de la souveraineté qui, à cette époque, s'accorde avec la notion de personnalité des lois, que par le fondement religieux, donc exclusif, du droit musulman. Cette unité s'applique donc au droit conventionnel et au droit pénal, c'est-à-dire à l'immense majorité des transactions. Elle ne souffre d'exception, d'ailleurs importante et caractéristique, que pour les questions relatives au statut personnel des populations non mahométanes et à leurs membres revêtus de qualités ecclésiastiques. « Le rôle du conquérant musulman est facile. Toutes les vérités ont dans l'islamisme un caractère religieux ; l'autorité musulmane conquérante n'éprouve par conséquent aucune difficulté, et ne commet point d'impiété, à considérer cette branche des intérêts de l'homme comme de la nature absolument religieuse : elle fait profession de respecter la religion du vaincu monothéiste qui paye le *Djiziyé*. Elle défère

donc sans pécher toutes les questions relatives au statut personnel de ses sujets non musulmans aux autorités religieuses de ces derniers. Cette pratique, parfaitement conforme aux vrais principes de l'islamisme, a été suivie par tous les souverains musulmans, dans tous les pays où ils ont trouvé des populations non musulmanes. Omar Al-Khatab a donné l'exemple à Jérusalem » (1).

Pendant, sous la dynastie des Oméiades, on constate dans cette islamisation une solution de continuité. C'est que Moavia, qui a fondé cette dynastie en se révoltant contre Ali, le gendre du Prophète, se marque indifférent à l'égard de l'enseignement de l'Islam, bien que, par politique, il s'en proclame le protecteur suprême, et il ne se soucie pas de consolider le régime musulman par la réforme de la justice. Il conserve en Syrie le système judiciaire antérieur à la conquête, organisé, par un anachronisme remarquable, suivant le système de la procédure formulaire.

A la chute du quatrième khalife Oméiade, les masses musulmanes s'attendaient à la restauration de la descendance directe du Prophète sur le trône de l'Islam. Pour ne pas se les aliéner, et pour raffermir la dynastie, le second khalife Abbasside, Abou Djafar Al-Mansour, comprit qu'il devait tenir les promesses solennellement faites de rétablir l'édifice social mahométan et de remanier la justice dans le sens islamique. Comme, à Damas, la justice était rendue, depuis des siècles, d'après le droit romain, respecté par les Oméiades, il jugea indispensable d'entreprendre la rénovation islamique sur un terrain vierge, et il trans-

(1) SAWAS PACHA, *op. cit.* p. 54.

porta sa capitale à Bagdad. La législation sommaire des débuts de l'Islam ne pouvait plus suffire aux besoins d'un empire plus étendu et d'une société de haute civilisation. Suivant l'ordre même du Prophète, il convenait de mettre les lois au niveau des milieux et des temps ; mais il fallait n'en élargir le cadre que par le procédé de l'islamisation, délaissé par les Oméiades.

L'œuvre de codification, à laquelle l'imam Abou Hanifa a attaché son nom, présente en effet tous les caractères de l'islamisation. Abou Hanifa vécut sous le règne d'Haroun Al-Raschid, dont l'attachement à la doctrine islamique orthodoxe est reconnu par tous les historiens. On sait l'aversion extrême d'Haroun Al-Raschid pour l'enseignement des novateurs syriens et iraniens, l'attitude sévère qu'il observa à l'égard de ces derniers. Il a gardé constamment auprès de lui, comme conseiller légal exclusif, l'imam Mohammed, dont les six volumes ont toujours été considérés comme le *corpus juris* de l'islamisme orthodoxe.

D'ailleurs « la réforme législative islamique ne se fit pas par les chefs, ni par le peuple. Elle est unique en son genre : elle fut commencée et achevée dans les mosquées de Bagdad par les savants de l'islamisme » (1).

Le plus célèbre, l'imam Al-Azam, s'est toujours montré un scrupuleux observateur de la morale coranique. Il avait fait plusieurs fois le pèlerinage de la Mecque et il récitait souvent le Coran en entier. Pour mener à bien la réforme, il eut à lutter contre une double opposition en sens inverse, celle des conservateurs, qui repoussaient l'extension du

(1) SAWAS PACHA, *op. cit.* p. 70.

cercle de la législation, et celle des *moutazilites* et des *dahirites*, qui cherchaient à faire admettre des règles étrangères au cadre de la vérité révélée.

Sa méthode est la méthode traditionnelle. Le point de départ, c'est toujours le livre sacré et la conduite du Prophète, sources révélées et intangibles du droit comme du dogme islamiques. Pour les compléter et les adapter, il pratique les mêmes procédés que ses devanciers, des conférences avec discussion, et l'analogie, aboutissant ainsi à rattacher aux sources fondamentales les questions nouvelles, à les islamiser. Dans son enseignement, il jetait à la fois les bases de la philosophie, de la science du droit et du droit positif de l'Islam. Sur les questions difficiles, il provoquait des réunions de savants et des discussions, qui souvent se prolongeaient, à propos d'une même question, pendant soixante jours (1).

Ses procédés de raisonnement sont aussi ceux de ses prédécesseurs. Comme règle d'exégèse, Abou Hanifa analyse les causes et les raisons de la production de chaque partie des deux sources mères, en attachant une grande importance aux circonstances dans lesquelles elles ont été produites. Il compare les données extraites des deux sources sur le même sujet. Cependant, au point de vue de la conformité de sa doctrine au livre révélé, on lui a souvent adressé le reproche d'avoir le plus souvent fait usage de preuves logiques, au lieu des preuves révélées. Ce grief n'est pas fondé. Une analyse minutieuse des différentes démonstrations prouve, au contraire, qu'il s'est constamment

(1) SAWAS-PACHA, *op. cit.* p. 113.

servi de preuves révélées, mais qu'il a toujours choisi, à propos de chaque question, les preuves que la raison humaine reconnaissait s'y adapter exactement. Il était un logicien redoutable et il enseignait que les solutions devaient être convaincantes, pour avoir prise sur la conscience de l'homme. Il ne substitue pas la raison à la révélation, mais il confie à la raison la préparation, le choix et l'emploi des preuves que la révélation fournit. Ainsi, tout en restant fidèle à la doctrine coranique orthodoxe, il en a dégagé l'esprit, lui donnant la prépondérance sur la lettre, et il a affranchi la justice de son temps de la tyrannie des mots (1).

Après Abou Hanifa, d'autres jurisconsultes ont été aussi de célèbres chefs d'écoles, et ont encore des adeptes dans les diverses parties de l'Islam. Mais les divergences qui les séparent sont moins de doctrine que de tendance. Aucune dissidence importante n'existe entre eux, en ce qui concerne les croyances fondamentales de l'Islam, et le désaccord se borne à certaines pratiques religieuses et à des questions judiciaires. Ainsi le droit positif musulman demeure un droit fondé sur un dogme religieux révélé, et sur des méthodes d'interprétation du livre sacré identiques, tenant compte de la conduite du Prophète, de l'opinion unanime et de l'analogie, et ramenant toute réforme légale à la vérité révélée, par l'unité de point de départ et de méthode, par l'islamisation.

(1) NOUH EFFENDI, *Exposé des questions*.

§ 5. — *La fermeture de l'effort légal.*

La pluralité des écoles orthodoxes montre la souplesse et la fécondité d'une méthode qui permet d'aboutir à des tendances diverses, tout en restant fidèle à la pureté de la vérité révélée. Mais cette souplesse même n'était pas sans danger pour l'orthodoxie, et il était à redouter qu'une cinquième école cherchât à établir une réforme législative sur des principes différents. C'est pour parer à ce danger que fut décidé le caractère obligatoire de l'opinion unanime des quatre chefs d'écoles, ce qu'on a appelé « la fermeture de la porte de l'effort ». On a imputé à tort cette mesure à Abd-al-Rahman I^{er}, premier khalife Oméiade qui régna sur l'Espagne. Mais la mort de ce prince est antérieure de près d'un demi-siècle à la mort de l'imam Chafii, fondateur d'une des quatre grandes écoles. Cet événement remonte plutôt à Abd-al-Rahman III (912-961) et s'explique par le désir de prévenir de nouvelles ambitions et d'assurer la paix dans l'orthodoxie de l'Islam contre toute tentative dissidente. En fait, d'ailleurs, l'ère de la création des méthodes législatives a été close, et l'effort législatif a cessé de s'exercer, à la mort du dernier chef d'école, l'Imam el-Hambeli (863).

La fermeture de l'effort législatif marque, une fois de plus, le souci de maintenir une parfaite conformité de la législation au dogme, l'unité de la vérité légale comme de la vérité religieuse. Il convient d'ailleurs de ne pas exagérer la portée de cet événement, ni de l'interpréter comme ayant cristallisé désormais et rendu immuable le droit positif. Ce qu'interdit cette mesure, ce n'est pas toute

réforme législative, mais toute méthode nouvelle d'interprétation : l'effort légal, l'*ijtihad*, ce n'est pas la formation de la loi, mais seulement la méthode d'analogie appliquée aux sources sacrées. La fermeture de l'effort légal écarte une méthode, et non une formation légale. C'est la nouveauté de la méthode qui serait dangereuse pour l'orthodoxie. Les musulmans orthodoxes n'admettent pas que tout savant soit libre de créer à sa guise de nouveaux procédés, pour la recherche de la vérité et des solutions juridiques et judiciaires. Ils redoutent les égarements de l'esprit humain, les dissidences des juristes, et les luttes qui résulteraient de la multiplicité des méthodes. La porte reste fermée à la création d'une cinquième méthode ; mais les jurisconsultes demeurent libres d'employer l'une des quatre méthodes classiques.

La fermeture de l'effort ne s'applique pas non plus à l'effort judiciaire. La méthode d'analogie, l'islamisation, sont nécessaires, lorsqu'un problème nouveau se pose devant la justice : le juge ne doit pas refuser de donner une solution ; Mahomet le lui interdit, et ces méthodes, justifiées, à l'origine de l'Islam, par la nécessité d'éviter les dénis de justice, demeurent légitimes et nécessaires. L'effort légal interdit seulement au juge d'en utiliser d'autres. Le juge commettrait une impiété, s'il déclarait insuffisantes les quatre méthodes ; mais il est libre de rechercher dans les sources les preuves de son opinion, et d'opérer sur elles l'élaboration scientifique qu'elles doivent subir, pour s'adapter exactement aux espèces, à condition de suivre dans ces travaux les règles de l'une des quatre méthodes orthodoxes (1).

(1) Cf. VAN DEN BERG, *Principes du Droit musulman* ; YOUNG, *Cours de Droit ottoman*.

CHAPITRE II

L'organisation de la Justice Musulmane

Cette incursion dans l'histoire de la formation du droit musulman ne nous a-t-elle pas entraîné hors de notre sujet : l'égalité entre les justiciables ? Un tel grief ne serait pas fondé. Cet historique était indispensable, pour comprendre sur quelles bases repose la garantie de l'égalité des plaideurs devant la justice islamique. Issu de la révélation de la divinité, comme le dogme religieux, le droit mahométan fait corps avec la religion et la morale coraniques. Il est, aux yeux des adeptes de Mahomet, la vérité juridique exclusive, comme les préceptes de la religion et de la morale sont la vérité religieuse et morale, ou plutôt, religion, morale et droit sont les aspects divers, et liés intimement, d'une même doctrine révélée, puisqu'ils se dégagent, suivant une méthode uniforme, du livre sacré inspiré par Dieu. Cet intime rapport est l'essentielle garantie de l'égalité des justiciables. Si la philosophie du Coran repose sur les principes d'égalité des hommes, de tolérance, de justice, les plaideurs vont trouver dans ces préceptes, d'ordre moral et religieux, plus encore que juridique, sanctionnés par des récompenses ou des peines spirituelles,

la confiance dans l'impartiale équité du juge, que d'autres législations, fondées sur des conceptions laïques de recrutement et de fonctionnement, demandent à l'organisation savante des tribunaux, à des principes de compétence, et surtout à des règles minutieuses de procédure, sanctionnées par des nullités.

Cette liaison de la justice et de la religion se marque dans l'organisation judiciaire musulmane, jusqu'à une époque toute récente. Elle repose, comme la constitution politique, sur le principe religieux. Les magistrats judiciaires sont des délégués du khalife, chef suprême de la religion musulmane, et constituent des juridictions religieuses.

En l'absence d'une réglementation détaillée de la procédure, le juge jouit d'une liberté très grande ; contre les abus possibles, les plaideurs sont protégés par les garanties de recrutement de la magistrature, qui constituent une des caractéristiques les plus originales de l'organisation judiciaire musulmane, et qui consistent naturellement en conditions surtout morales et intellectuelles, par où se marque encore l'influence islamique sur la justice.

La marche de la procédure, le pouvoir de décision du juge, la règle légale sur laquelle il doit fonder sa sentence, s'inspirent aussi de préceptes moraux d'équité et manifestent avec éclat le souci d'une parfaite égalité entre les justiciables.

Section I. — LA RELIGION DES PARTIES ET LA COMPÉTENCE

Dans le régime antérieur à la sécularisation des institutions, et surtout dans la période antérieure à la domination

ottomane, l'Islam forme ce qu'on pourrait appeler un « nationalisme religieux ». La communauté musulmane est délimitée, non pas par un criterium territorial, comme les Etats modernes, ni même par un criterium de race, mais par l'identité de religion. Elle comprend tous les adeptes du Prophète, sans distinction de pays ni de races : c'est le *Dar-al-Islam*, groupe fermé, dominé par le Coran, code à la fois religieux, politique et juridique. Les institutions politiques, juridiques, judiciaires du groupe dépendent de ses institutions religieuses et sont réservées à ses membres. Les non-musulmans ne font pas partie du groupe en tant que membres actifs et de droit. C'est, en somme, un système de personnalité des lois, fondé, non pas sur la cité, comme à Rome, dans le système du *jus civile*, ni sur la race, comme à l'époque franque, mais sur la religion.

Cette conception de la personnalité n'interdit pas logiquement l'existence de législations et de juridictions personnelles, propres à ceux qui ne partagent pas les croyances religieuses de l'Islam : puisque la législation et les tribunaux sont, comme la religion, propres aux croyants, il n'y a pas de raison que les adeptes d'autres religions n'aient pas leur droit et leurs juridictions. C'est une solution que l'esprit tolérant du Coran accepte en ces termes : « Laissez-leur ce qui fait partie de leur religion ». Les questions relatives au statut personnel, ainsi que toutes celles qui concernent les personnes revêtues d'un caractère sacerdotal, sont des questions religieuses. Elles doivent être résolues par les tribunaux religieux des sujets non musulmans. Au contraire, les questions relatives aux obligations et aux contrats, au droit pénal, doivent être régies

par la loi musulmane et soumises aux juridictions musulmanes.

Le principe de la personnalité ne joue pas cependant avec cette logique absolue. Les nécessités des relations économiques suscitent, au profit des ressortissants d'Etats étrangers, des concessions de législation ou de juridiction personnelle, qui sont l'origine des consuls et des capitulations. Certaines catégories de non musulmans jouissent d'un statut particulier, qui les rapproche plus ou moins du statut des musulmans.

Tout d'abord, les *kitaby*, ou « gens du livre », c'est-à-dire les chrétiens et les juifs. Leurs livres sacrés sont reconnus par le Coran qui, à part la divinité du Christ, adopte à peu près intégralement les fondements de ces deux religions. Ils sont traités avec tolérance. « Les chrétiens seront jugés d'après l'Evangile ; ceux qui les jugeront autrement seront prévaricateurs » (1). « Les juifs et les chrétiens vivant dans les Etats du khalife sont placés sous ses ordres aussi bien que les musulmans » (2).

Les *zoummis* sont les chrétiens ou juifs résidant en territoire d'Islam ; en vertu du contrat d'*Akd-el-Zoummah*, ils obtiennent la sécurité pour leur personne et pour leurs biens, et ils font désormais partie de l'Etat mahométan. Ils jouissent des libertés individuelles et publiques, moyennant le paiement de la capitation. Ils exercent librement leur religion et leur culte, peuvent se livrer au commerce. Les transactions qu'ils concluent entre eux sont régies par

(1) *Coran*, V. 51.

(2) HOUDAS, *Islamisme*, p. 2.

leurs lois et usages nationaux, et déférées, en cas de conflit, à leurs propres juridictions. Ils ont les mêmes droits que les musulmans et sont jugés sur le pied d'égalité avec eux. Leurs affaires civiles ou criminelles, quand un musulman n'y est pas mêlé, sont jugées par un des leurs, qui les représente officiellement auprès des autorités locales. Ils peuvent aussi recourir aux juridictions musulmanes, qui appliquent alors la loi musulmane (1).

Le *mouâhid*, ou allié, et le *mouhâden*, appartiennent à un peuple qui a conclu avec l'imam un traité ou un armistice ; ils jouissent des droits et sont tenus des obligations qui y sont stipulés. Le *mouâman*, ou protégé, dont le pays n'a pas de traité, mais n'est pas en guerre avec l'Islam, a droit, s'il vient en pays musulman, à la sécurité pour sa personne, son honneur, ses biens et sa religion, à condition de se soumettre aux lois en vigueur.

Les *moustamens*, individus qui se trouvent temporairement dans les pays d'Islam, ont droit à la protection des lois et jouissent de la liberté d'accès, de circulation et de commerce. Ils peuvent former des groupements. Les conflits nés entre eux sont tranchés par leurs propres juges, suivant leur loi nationale.

Le droit des *zoummis* et des *moustamens* à leur juridiction personnelle paraît être plutôt l'exercice d'un arbitrage, exigeant le consentement des deux parties, et dépourvu de la sanction de la puissance publique, qu'une véritable compétence obligatoire, avec droit de rendre des

(1) AL-MAWARDI, *Droit public et administratif musulman*, trad. Fagnon, p. 307.

décisions exécutoires. Il n'est pas permis à un non musulman d'exercer la judicature vis-à-vis des musulmans, ni même des infidèles. Abou Hanifa dit cependant qu'il peut être chargé de rendre la justice à ses coreligionnaires. Mais bien que, en effet, ce soit une habitude courante des gouverneurs d'investir de la sorte un non musulman, « ce n'est là qu'une investiture d'un droit de primauté et de présidence, et non d'un droit de décision et de jugement. Les décisions de ce chef obligent ses administrés, parce que ceux-ci sont tenus vis-à-vis de lui, et non en vertu de leur caractère obligatoire propre, et son dire, relativement aux jugements par lui rendus entre ses coreligionnaires, n'est pas reçu par l'imam ; quand ces derniers refusent de lui faire trancher leurs différends, ils n'y sont pas contraints et les décisions du juge musulman sont de préférence exécutées » (1).

La juridiction assurée par les coreligionnaires rappelle donc, avec les mêmes caractères, la juridiction arbitrale exercée par les évêques sur les chrétiens dans l'empire romain, avant les édits de Constantin, et c'est à la juridiction islamique qu'appartient le véritable pouvoir de juger, en l'absence d'accord des parties, ou en cas de conflit entre un chrétien ou un juif et un musulman.

Mais même devant cette juridiction, le non musulman se trouve sur le pied d'égalité avec la partie adverse, musulman ou non musulman, grâce aux garanties de l'organisation judiciaire et aux devoirs du juge d'après la loi musulmane.

(1) AL-MAWARDI, *op. cit.* p. 133.

« Les non musulmans, écrit l'Emir Chekib Arslan (1) ont toujours été juridiquement égaux aux musulmans, dans l'Etat islamique arabe, et cela, conformément à la Chériât : « *lahoum ma lana, ouâ alaï houm ma alaïna* » ; ils (les non musulmans) ont ce que nous avons, et ils doivent ce que nous devons », autrement dit, la loi de l'Islam applique rigoureusement aux deux classes le principe de l'égalité des droits et des charges. Certains juriconsultes, en des cas limités, placent, il est vrai, les non musulmans dans une situation quelque peu inférieure, tel, par exemple, le cas de témoignage, auquel une valeur plus réduite est attachée, lorsqu'il émane d'un chrétien ou d'un juif. Mais ce sont des exceptions rares, qui laissent intacte la règle générale de l'égalité absolue de tous les citoyens dans l'Etat musulman.

Aux yeux des Occidentaux, l'égalité des droits publics est une idée spécifiquement occidentale. Erreur bien répandue, dont la réfutation nous entraînerait trop loin. Mais nous rappellerons seulement qu'aucune société au monde n'a encore connu une démocratie aussi réelle que celle qui exista sous les quatre premiers khalifes de l'Islam ».

La question du témoignage des non musulmans, à laquelle fait allusion l'éminent émir Chekib Arslan, nous oblige à nous y arrêter.

Il est vrai que le témoignage du non musulman contre un musulman est rejeté, en général et sauf exceptions.

(1) EMIR CHEKIB ARSLAN, Préface à RABBATH. *L'évolution politique de la Syrie sous mandat*, p. XI et suiv.

Mais cette règle ne s'explique pas par une idée d'infériorité du non musulman, car la condition primordiale chez un témoin, c'est d'être vrai, irréprochable et juste. Or chaque religion a une conception spéciale de la véracité et de la justice, qui peut ne pas être la même dans l'une comme dans l'autre.

Mais cette défense n'est d'ailleurs pas absolue. D'après l'imam Malik : « Le témoignage du médecin non musulman est admis contre un musulman au besoin » (1).

Le Coran dit aussi : « O croyants, lorsque quelqu'un d'entre vous se trouvera à l'article de la mort et voudra faire un testament, prenez deux personnes justes parmi vous, ou parmi d'autres (c'est-à-dire non musulmans), si vous êtes sur quelque point éloigné du pays ».

Dans plusieurs autres cas, la jurisprudence accepte sans réserves le témoignage de non musulmans.

La situation des non musulmans au point de vue du témoignage ne résulte donc pas d'un sentiment de fanatisme, mais des circonstances spéciales au temps et au milieu, qu'un homme équitable ne peut pas nier (2).

La juridiction musulmane comprend essentiellement deux organes ; les muftis, investis de la justice consultative, et les cadis, chargés de la justice distributive. Les uns et les autres constituent des tribunaux religieux. Nous avons vu Mahomet et les premiers khalifes exercer eux-mêmes la justice, ou la déléguer. Investis de l'ensemble des pouvoirs, émanés de leur autorité religieuse, ils confient cette fonction à des représentants temporaires, qui leur

(1) IBN AL-KAIM, *Kitab Al-Tourouk Al-Hikamikeh*, p. 157 et suiv.

(2) ARIF BEY AL-NAKADI, *La justice musulmane*, p. 29 et suiv.

rendent compte de leur mission. Puis muftis et cadis deviennent des magistrats réguliers et permanents, mais sans perdre leur caractère religieux. Le khalife est le lieutenant du législateur, en ce qui concerne le maintien de la religion et le gouvernement du monde. La souveraineté temporelle lui est subordonnée. « Il exerce son influence spirituelle au moyen d'offices et d'emplois qui lui sont tout-à-fait spéciaux et qu'on ne rencontre pas en dehors de l'islamisme.... », notamment le cadi et le mufti. « Le khalife est donc la mère, pour ainsi dire, de toutes ces charges, le tronc d'où sortent ces branches et auquel elles sont rattachées » (1).

Les muftis constituent une juridiction consultative. Ils interprètent le droit islamique, lorsqu'ils en sont sollicités ; leur réponse (*fetwa*) est portée au juge, le cadi, qui en tient compte ou non. Cette institution est une double garantie pour les justiciables. Ils peuvent, en effet, consulter le mufti sur un conflit d'intérêts susceptible d'engendrer un procès, et ainsi se rendre compte des chances qu'ils ont à l'intenter ou à y défendre, ou s'en abstenir. Le juge peut aussi demander l'avis du mufti ; il s'éclaire d'une opinion impartiale et qualifiée, qu'il peut d'ailleurs ne pas suivre. Les muftis ont le caractère de magistrats, mais leurs avis ne s'imposent pas au juge, comme, à Rome, les réponses des prudents investis officiellement du *jus respondendi*.

Les garanties d'impartialité que les plaideurs trouvent dans le jeu de ces consultations préalables sont renforcées par le recrutement des muftis et les devoirs qui

(1) IBN KHALDOUN, *Prolégomènes*, II, p. 444.

s'imposent à eux. Le corps des ulémas, présidé par le mufti, est désigné par le khalife parmi les légistes et les professeurs les plus capables. « Tout mufti, tout professeur doit avoir en lui-même son propre moniteur, qui l'empêche d'entreprendre ce qui est au-dessus de ses forces ; autrement il pourrait égarer ceux qui le prennent pour guide et se fourvoyer lui-même ». La sanction de ces devoirs est religieuse : « Il y a une tradition qui dit : « Celui d'entre vous qui est le plus hardi à donner des *felwa* (opinions juridiques) est aussi le plus hardi à courir vers le fond de l'enfer » (1).

Aucune décision juridique ne peut être prise sans l'approbation du mufti, sous peine d'être déclarée illégale et suspendue dans son exécution ; cela est arrivé fréquemment, car si le souverain peut déposer le mufti, les ulémas, très nombreux, sont inviolables.

« Le mufti est redouté du peuple et vénéré du souverain. S'il entre au sérail, la majesté du Sultan s'abaisse et lui rend hommage. Si l'empereur donne audience, il se lève, va au-devant de l'auguste magistrat, baisse la tête en signe de profond respect et lui baise la main. Le mufti est admis aux conseils les plus secrets, même ceux d'où sont exclus le grand-vizir et les favoris, car il peut anéantir tout édit contraire au Coran ou à la *Sounnah*. Il est l'interprète de la loi, et chargé de maintenir l'uniformité légale, conformément aux dispositions des sources fondamentales » (2).

(1) IBN KHALDOUN, *op. cit.* II, p. 447.

(2) PHARAON ET DULAU, *Droit musulman*, p. 424.

Grâce à cette indépendance, la justice musulmane est à l'abri des entreprises du souverain (1).

D'ailleurs, d'une manière générale, les fonctions administratives et les fonctions judiciaires sont ordinairement séparées. Au début de la conquête, Mahomet était en fait obligé d'envoyer à la tête des provinces des représentants de son autorité, investis de pleins pouvoirs, chargés de l'apostolat, de l'administration et du pouvoir judiciaire, par exemple, des chefs militaires ou des gouverneurs. Mais après le triomphe de la nouvelle religion et la conversion de l'immense majorité des habitants de l'Iraq et d'autres provinces de la péninsule arabique à l'islamisme, il changea de système.

Si le personnage qui avait assuré l'annexion militaire ou pacifique d'une province était appelé à d'autres fonctions, il nommait, à côté du nouveau chef administratif et militaire, un juge indépendant, relevant de son autorité directe d'envoyé de Dieu. Puis la fonction de juge cessa d'être retenue par le khalife, et fut à la fois toujours déléguée et spécialisée. Ainsi Omar désigne Choreih pour être cadi à Basra, et Abou-Mouça Al-Achâri pour rendre la justice à Koufa. Sans doute, les savants qui occupent de hautes fonctions judiciaires sont appelés alternativement, suivant les besoins de l'Etat, aux premières fonctions administratives, mais la fonction de juge demeure distincte et indépendante.

Autre fait significatif dans le même sens. La réforme du droit musulman est faite, sous Al-Mansour et Haroun Al-

(1) PHARAON ET DULAU, *op. cit.*, I, p. 414.

Raschid, par des savants et des muftis ; certes, elle dépasse la fonction proprement dite de juger ; cependant les muftis demeurent dans leur rôle ordinaire de consultants, d'interprètes de la loi sacrée, et les khalifes s'abstiennent d'intervenir dans leur activité législative.

CHAPITRE III

La Juridiction de droit commun : Le Cadi

Section I. — LES CONDITIONS DE RECRUTEMENT DES CADIS

Comme le mufti, le cadi est un juge religieux, un délégué du khalife, chef de la religion. Il est le juge de droit commun, chargé de la justice distributive et, comme tel, il occupe dans l'organisation judiciaire le rôle essentiel. Pénétrés de l'importance de cette fonction, les khalifes la confient toujours, dans les débuts, à des individus qui leur tiennent de près, soit par les liens de la clientèle, soit par les liens du sang (1). On pourrait s'étonner de cette affinité, qui permet au khalife d'avoir les juges sous sa main et d'abuser de leur autorité. Ce serait oublier le caractère religieux du droit musulman et des fonctions que revêt le khalife comme juge. Le khalife est chef spirituel, et juge suprême dans les questions de dogme. Tous les sujets lui doivent obéissance et assistance, mais à la condition qu'il remplisse exactement tous ses devoirs, à savoir : maintenir dans leur intégrité les principes religieux, rendre fidèlement la justice, défendre le territoire, y assurer la sécurité, reculer les bornes de l'empire, dépenser les revenus des

(1) IBN KHALDOUM, *op. cit.* II, 450.

impôts conformément à la loi. La sanction n'est pas ici purement spirituelle : si le khalife manque à ses devoirs, la révolte est légitime (1). Nous avons déjà vu Abou-Bakr, le premier successeur du Prophète, le proclamer solennellement.

La désignation des cadis par le chef de la religion parmi ses proches était donc le meilleur moyen, non pas d'influencer leurs sentences, mais d'en contrôler de plus près la conformité aux principes de la religion, et aussi de connaître par avance s'ils réunissaient les qualités indispensables à l'exercice de leurs fonctions.

C'est qu'en effet, la nomination d'un cadi suppose la réunion en sa personne de multiples qualités, dont certaines, le caractère intellectuel ou moral, ne sont pas toujours aisées à découvrir. Les auteurs arabes analysent avec beaucoup de finesse, dans de nombreux ouvrages, les qualités d'un bon cadi et ses devoirs : ces qualités et ces devoirs constituent les garanties essentielles d'une justice impartiale, conforme à l'égalité absolue entre les justiciables. Aussi convient-il de nous y arrêter.

Les qualités du cadi sont d'autant plus indispensables qu'il juge seul. L'Islam ne connaissait pas, originairement au moins, les collèges judiciaires. Les plaideurs sont ainsi privés du contrepoids à la partialité ou à l'ignorance d'un juge, qu'ils pourraient trouver dans la pluralité des membres d'un tribunal. Toutefois la faculté de consulter le mufti apporte aux plaideurs une sécurité quant au point de droit, sous la réserve que le juge est libre de passer outre à l'opinion du mufti.

(1) EDOUARD MONTET, *L'Islam* (1923).

Les conditions d'aptitude à la fonction de cadi sont au nombre de sept, d'après Al-Mawardi (1).

1° Etre du sexe mâle, et pubère. L'impubère n'est pas responsable de ses actes envers lui-même : la décision qu'il rendrait contre un tiers ne saurait à *fortiori* avoir aucune valeur. Cette condition exclut les femmes, bien que leurs dires fassent foi contre elle-mêmes, parce qu'elles sont exclues de toutes les fonctions publiques.

L'exclusion des femmes des fonctions publiques, et notamment des judicatures, est un principe que nous avons rencontré en droit romain, comme dans l'ancien droit, et qui, en lui-même, sans aborder le fond de la question, ne paraît pas susceptible de compromettre l'égalité des plaideurs. La qualité de juge paraît connexe à la qualité de citoyen et l'octroi de l'électorat et de l'éligibilité aux femmes entraîne logiquement leur accès aux fonctions publiques.

Abou Hanifa, avec son grand libéralisme, admet cependant la femme à juger les affaires au sujet desquelles les personnes de son sexe peuvent témoigner valablement, mais non les autres. Mohammed ibn Djerir Tahari (mort en 310 de l'Hégire) lui permet de juger dans tous les cas ; mais c'est là une opinion personnelle à cet auteur et condamnée par le texte du Coran.

Signalons en passant une particularité régionale dans le recrutement des juges. Dans les tribus bédouïnes qui n'ont pas de cadi, la justice est administrée par des cheïks,

(1) AL-MAWARDI, *Les statuts gouvernementaux, ou règles de droit public et administratif*, traduits et annotés par E. FAGNON, p. 131 et suiv.

ou chefs de tribus, investis de fonctions militaires, administratives et judiciaires. Ils sont élus par les hommes de la tribu en âge de porter les armes et, dans les assemblées électorales, on admet quelquefois les femmes, par exemple, dans la province d'Oran (1).

2° Etre un homme libre. L'esclave, qui n'a pas le pouvoir de se régir lui-même, ne peut être investi d'une autorité sur autrui : son témoignage est irrecevable. On étend cette exclusion à l'esclave partiel, à l'affranchi orcinien ou contractuel, mais non à l'affranchi, qui est homme libre.

L'esclave peut, toutefois, obtenir un degré d'autorité juridique, donner des consultations, rapporter des traditions, car ces activités ne comportent pas l'exercice d'une autorité officielle.

3° Etre musulman, car c'est une qualité requise pour l'aptitude à porter témoignage et « Allah ne donnera pas aux non musulmans d'avantages sur les croyants » (2). Nous avons déjà examiné dans quelle mesure les non musulmans peuvent exercer une juridiction.

4° Avoir l'intégrité de l'ouïe, de la vue, pour distinguer le demandeur du défendeur, la vérité du mensonge. La cécité rend impropre à la fonction de judicature. Malek admet cependant que le cadi aveugle peut juger, comme il peut porter témoignage. L'intégrité des membres n'est pas exigée. Cependant il est plus convenable que les fonctionnaires n'aient pas de tares physiques.

5° Etre en possession de ses facultés intellectuelles, mais il ne suffit pas au juge d'en avoir assez pour être

(1) PHARAON ET DULAU, *Droit musulman*, I, p. 415.

(2) *Coran*, IV. 140.

responsable, c'est-à-dire de percevoir à l'aide des sens qui nous sont indispensables à tous. Il doit avoir le discernement sain, la perspicacité développée, être étranger à la distraction et à la négligence, et assez fin pour élucider les difficultés et trancher les cas graves (1).

6° Avoir l'honorabilité, réunion complète d'un certain nombre de qualités, qui rendent le témoignage recevable et permettent la nomination régulière comme fonctionnaire. Ces qualités consistent : à être véridique dans son langage, manifestement loyal, à s'abstenir de tout acte illicite, à se garder du péché, à être au-dessus de tout soupçon, à mériter une égale confiance, soit qu'on approuve, soit qu'on s'indigne, à se conduire, au double point de vue religieux et social, comme doit le faire un galant homme de rang (2). L'absence d'une seule de ces qualités exclut du témoignage et de la fonction publique.

7° Posséder au moins un degré d'autorité juridique, c'est-à-dire être versé dans la connaissance des solutions légales. Cette condition, tout-à-fait caractéristique de la justice musulmane, revient à dire que le juge doit connaître ses sources et savoir les interpréter, les appliquer à l'espèce sur laquelle il a à statuer. Mais au lieu de lui laisser la liberté de sa formation intellectuelle et juridique, et de sa méthode d'interprétation, on lui impose en quelque sorte le moule dans lequel il devra former sa conviction, et ce moule n'est autre que la méthode traditionnelle de formation du droit musulman, telle que l'ont pratiquée les

(1) AL MAWARDI, *op. cit.* p. 132.

(2) AL-MAWARDI, *op. cit.* p. 133.

disciples du Prophète, puis les muftis, puis les grands imams.

La connaissance des solutions légales, c'est la science des principes de ces solutions et l'usage courant des applications qui en sont faites.

Les principes fondamentaux, ce sont les quatre grandes sources de la loi, et les commentateurs précisent, en une analyse minutieuse, ce qui est demandé au candidat aux fonctions judiciaires.

a) La science du Livre sacré (Coran), tel qu'il ait la connaissance en règle des décisions qui y sont contenues, tant abrogeantes qu'abrogées (1), tant claires qu'équivoques, tant d'ordre général que spéciales à un cas particulier, tant obscures que précisées.

b) La science de la tradition (*sounnah*) authentique de l'apôtre d'Allah, tant de ses dires que de ses actes, de leur mode de transmission individuelle ou par dissémination, de leur caractère sain ou vicié, de ceux qui ont eu une cause occasionnelle ou de ceux qui ont un caractère absolu ;

c) La science de l'interprétation, soit identique, soit divergente, donnée par les Anciens (2), à l'effet, soit d'adopter leur opinion unanime, soit d'appliquer l'effort de son intelligence aux cas qui ont été l'objet d'interprétations divergentes » (2).

d) La science de l'analogie (*Kiyas*), nécessaire pour ramener les cas d'application non prévus aux principes for-

(1) Le Coran renferme des dispositions diverses, dont certaines ont été abrogées par des révélations postérieures, qui sont les « abrogeantes » des premières.

(2) Ce mot désigne ordinairement quelques contemporains du Prophète .

mulés et unanimement acceptés, de telle sorte qu'il sache s'orienter pour trancher les espèces et discerner le vrai du faux » (1).

Quand il s'est rendu maître de ces quatre connaissances fondamentales, pour ce qui a trait aux décisions de la loi, le candidat est compté parmi ceux qui ont le droit d'investigation indépendante dans le domaine de la loi. Il peut donner des consultations et rendre des jugements, et on peut lui en demander. Mais s'il n'y est pas passé maître, soit pour la totalité, soit pour une partie de ces connaissances, il n'est pas de ceux qui ont le droit de libre investigation, et il ne peut ni donner des consultations, ni rendre des jugements.

Ces prescriptions précisent la portée exacte de ce qu'on a appelé « la fermeture de l'effort légal ». Le juge ne peut se décider que d'après les quatre sources de la loi, telles qu'elles ont été arrêtées par l'opinion unanime des disciples du Prophète, et l'analogie appliquée par les grands jurisconsultes. Il est tenu d'interpréter ces sources par la méthode d'analogie, et il n'est pas libre d'inaugurer une cinquième méthode. Mais la faculté d'interpréter les textes d'après l'analogie montre que l'effort judiciaire n'est nullement interdit. Le juge ne doit pas commettre de déni de justice, il doit résoudre toutes les espèces qui lui sont soumises ; il a donc le droit, et même le devoir, d'éclairer les textes obscurs, de combler les lacunes des textes, à condition de le faire suivant la science de l'analogie.

Cette condition de posséder les quatre connaissances

(1) AL-MAWERDI, *op. cit.* p. 135.

fondamentales n'est pas seulement une prescription d'ordre intellectuel, destinée à garantir le bon recrutement des juges. Telle est l'importance qu'y attachent les interprètes du droit musulman, que la sanction en est très grave : si un individu qui ne s'est pas rendu maître des quatre connaissances fondamentales a été néanmoins investi de la judicature et qu'il ait jugé, soit bien, soit mal, son investiture est nulle et les jugements par lui rendus, même s'ils sont conformes à la vérité et tombent juste, sont cassés. De plus, il y a péché à sa charge, pour l'affaire jugée par lui, ainsi qu'à la charge de celui qui l'a investi de cette fonction (1).

Abou Hanifa se montre, à son ordinaire, moins rigoureux. Il permet d'investir de la judicature un individu non qualifié à l'investigation personnelle, sous la condition qu'il consultera sur ses décisions et ses jugements. Mais son opinion est restée isolée, et les juristes décident unanimement que l'investiture de cet individu est sans valeur et ses jugements nuls.

De même, ne serait pas licite la nomination comme juge d'un individu qui n'admet pas l'opinion unanime ou l'analogie. Tel est celui qui ne souscrit pas à un principe reconnu par tous les compagnons du Prophète, car il repousse ce qui repose sur un texte.

Parmi ceux qui nient la valeur de l'analogie, les uns se contentent de suivre la lettre du texte, acceptent les opinions des anciens là où les textes sont muets, mais rejettent toute recherche personnelle et évitent toute réflexion et invention : ils ne peuvent être juges.

(1) AL-MAWERDI, *op. cit.*, p. 137.

D'autres, au contraire, admettent l'effort personnel, mais sans s'en tenir à la méthode d'analogie : pour résoudre les différends, ils s'attachent au sens de l'ensemble et au contenu implicite : ce sont les *zahirites* ou extérioristes. Parmi les Chaféites, les uns écartent la validité de leur investiture, d'autres l'admettent, parce que, sans recourir aux procédés de l'analogie, ces juges tiennent compte de ce qui ressort manifestement du fond des choses (1).

Il est intéressant de souligner cette subtilité de la dialectique des juristes musulmans. Contrairement à ce qu'on a prétendu souvent, ils n'entendent pas faire du droit issu du Coran une législation immuable, ils en permettent l'adaptation par l'analogie, mais, soucieux de sauvegarder la vérité révélée, ils n'autorisent cette évolution que dans le cadre des sources inspirées et suivant la méthode traditionnelle de l'analogie.

Cette méthode concilie très heureusement le respect des règles juridiques issues du Coran et de la tradition, avec l'évolution nécessaire du droit et de la justice. En exigeant du juge une connaissance approfondie des textes, la pratique d'une interprétation à la fois souple et rattachée à la tradition, elle offre aux justiciables de sérieuses garanties d'égalité, car elle impose au juge une directive qui limite ses pouvoirs d'interprétation et sa liberté de décision, et assure les plaideurs contre les dangers de la fantaisie, de l'imagination ou de la partialité du juge.

Ce n'est pas, à vrai dire, une tâche très facile que de discerner chez un candidat la réunion des conditions d'ap-

(1) Cf. YOUNG, *Corps de droit ottoman*.

titude à la judicature, et surtout cette science de l'interprétation et de l'analogie, facultés purement intellectuelles.

C'est sans doute une nouvelle raison pour laquelle les khalifes avaient pris l'habitude de choisir les cadis parmi leurs proches, dont ils étaient en mesure d'apprécier les qualités morales et les aptitudes intellectuelles. Ainsi, Mahomet confia la judicature du Yemen à Ali, sans lui faire subir d'examen, parce qu'il le connaissait, mais il lui adressa des recommandations pour l'avertir du caractère de cette fonction : « Quand, lui dit-il, deux adversaires discutent devant toi, ne décide pas en faveur de l'un avant d'avoir écouté l'autre ». Et Ali disait : « Après cela, nulle décision ne m'a été difficile à rendre ». D'autre part, le Prophète envoya Moaz dans une région du Yémen, mais après l'avoir mis à l'épreuve.

A défaut de connaissance antérieure des facultés du candidat, on procède par interrogation ou examen, d'ailleurs un peu superficiel. Avant d'envoyer Moaz dans la province du Yémen, Mahomet lui pose une série de questions, pour s'assurer qu'il jugera conformément aux règles en s'inspirant du Coran, de la *Sounnah* et de l'analogie.

La qualité du recrutement des juges est encore assurée par des règles minutieuses de candidature, qui permettent d'écarter les indignes ou les ambitieux, en tenant compte de l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Par exemple, si la charge est occupée par un juge digne et qualifié, celui qui postule sa place par inimitié, ou pour y trouver un avantage personnel, est disqualifié. Si la charge est aux mains d'un homme indigne, soit par son manque de connaissances, soit par son injustice notoire, la postulation

faite pour le remplacer par un homme plus digne mérite récompense de Dieu ; si elle a pour but principal de charger le postulant de ces fonctions, elle est simplement permise.

Enfin, si le poste est vacant, les juristes font de curieuses distinctions. Le postulant obéit-il au désir d'instaurer le droit et à la crainte de voir nommer un indigne ? Sa demande est louable ; agit-il pour obtenir le traitement dont il a besoin ? Sa demande est permise. Sa demande est-elle inspirée par l'orgueil et la recherche de la considération ? On la reconnaît unanimement comme permise, mais on discute si elle est blâmable. Les uns l'affirment, en se fondant sur un passage du Coran. Dieu a dit, en effet, « Cette demeure suprême, nous la réservons à ceux qui, sur la terre, ne recherchent ni la domination, ni l'injustice : l'heureux dénouement est pour les gens pieux » (1). Les autres disent que la recherche de la judicature inspirée par ce mobile n'est pas blâmable, puisque la recherche de la considération, dans un domaine licite, ne l'est pas (2).

Le versement d'une somme d'argent pour appuyer une candidature est interdit. Celui qui l'accepte et celui qui l'effectue sont tous deux disqualifiés, et le Prophète maudit celui qui leur sert d'intermédiaire.

D'autre part, quand un candidat qualifié est désigné, il faut que les justiciables sachent bien qu'il a le pouvoir de juger : c'est une précaution indispensable pour éviter les usurpations de fonctions. La charge de la judicature résulte d'un contrat. Des expressions explicites doivent

(1) *Coran*, XXV, 831.

(2) AL-MAWERDI, *op. cit.*, p. 134.

préciser sans équivoque que c'est bien le pouvoir de juger qui est conféré, et le postulant doit l'accepter. Si la charge est conférée à un absent par écrit, des circonstances extérieures concomitantes doivent établir l'existence du contrat, tant pour l'élu que pour les justiciables, et les auteurs se demandent même si le fait de commencer à examiner les affaires vaut acceptation verbale. L'investi doit avoir connaissance du pouvoir de celui qui l'investit, de la nature exacte du pouvoir qui lui est conféré et du lieu où il doit l'exercer (1).

Enfin, pour que le pouvoir du délégué soit obligatoire à l'égard de ses ressortissants, il doit rendre sa nomination publique. Il en est de même de la destitution ; il ne faut pas qu'un plaideur aille, par erreur, s'adresser à un juge qui n'a plus qualité pour juger.

L'investiture d'une charge de judicature a la nature d'une délégation, d'un mandat, disent les auteurs, qui permet au mandant de déposer le mandataire à son gré, au mandataire, de se retirer à son gré. Cette faculté risquerait d'être dangereuse pour l'indépendance du juge, ou de compromettre la bonne administration de la justice, si les juristes n'avaient soin d'ajouter « qu'il est préférable pour l'un aussi bien que pour l'autre de n'agir ainsi que pour une raison sérieuse, car l'intérêt des musulmans est en cause » (2). Le droit musulman ne connaît donc pas, comme notre droit français, le principe de l'inamovibilité des juges : c'est une garantie très efficace d'indépendance qui fait défaut au juge de l'Islam ; mais la règle morale et re-

(1) AL-MAWERDI, *loc. cit.* Cf. YOUNG, *Corps de droit ottoman*.

(2) AL-MAWERDI, *op. cit.*, p. 143.

ligieuse supplée ici, une fois de plus, à une disposition juridique. La recommandation précitée prévient les abus ; d'autres garanties résident dans les devoirs moraux du juge ; enfin, s'il est révocable, c'est par le chef religieux dont il dépend, et dont la responsabilité serait engagée, aux yeux du Prophète, s'il destituait le cadi pour des motifs étrangers à l'intérêt de la justice et de la religion. Ainsi, tout le système repose, non point sur des sanctions pénales ou civiles, mais sur la puissance du sentiment religieux et la force de la morale.

La compétence donnée au cadi peut être générale ou spéciale ; elle peut être limitée à un quartier, ou aux habitants seulement, à l'exclusion des nouveau-venus et des étrangers, ou à ceux qui se présenteront chez lui, dans sa mosquée. Lorsque deux cadis ont reçu une compétence générale, pour toutes les affaires et sur une même région, certains auteurs décident que cette double nomination n'est pas permise, car elle provoque la discorde entre les plaideurs, chacun essayant d'attirer son adversaire devant le juge de son choix. Cette double investiture est d'ailleurs sans valeur, si l'une et l'autre sont faites en même temps. Si elles ont été faites à des moments différents, c'est la première qui est la bonne. D'autres juristes, et ce sont les plus nombreux, se prononcent pour la validité, en arguant de ce que c'est là une délégation semblable à celle du mandat. C'est le choix du demandeur, à l'exclusion de celui du défendeur, qui l'emporte, s'ils ne sont pas d'accord sur la compétence. S'ils ne font pas de difficultés, c'est au juge le plus proche des deux plaideurs qu'on s'adresse. Si ceux-ci sont sur un pied d'égalité, les uns disent que le juge est ti-

ré au sort ; et d'autres, que les parties ne peuvent plaider qu'après s'être entendues sur leur juge (1).

Section II. — DES DEVOIRS DU CADI

Dans les conditions de forme et de fond du recrutement des juges, nous avons trouvé la préoccupation des juristes, suivant l'esprit du Prophète, d'assurer aux justiciables un magistrat revêtu d'un pouvoir incontesté, d'une compétence bien précisée, et offrant toutes les garanties de moralité, de savoir et de respect de la discipline intellectuelle et religieuse dictée par la loi révélée.

Ces dispositions minutieusement élaborées constituent, dans le cadre de l'organisation judiciaire, des préceptes d'ordre moral et religieux, autant que des règles proprement juridiques : bien que certaines d'entre elles aient pour sanction la nullité des jugements rendus par un cadi irrégulièrement investi, d'autres n'ont qu'une sanction morale ou religieuse.

Le domaine juridique de la procédure est encore beaucoup plus étroit que celui de l'organisation judiciaire. On pourrait affirmer sans trop d'exagération que devant la juridiction musulmane, la procédure existe à peine. Le cours d'un procès ne comporte guère de formes, ni de formalités. Le personnel judiciaire est réduit au minimum. Ainsi, tout l'édifice savamment édifié au cours des siècles de l'histoire romaine, ou de notre ancien droit, en vue de réaliser au mieux la présentation des droits des parties, la défense, les preuves, de mettre le juge à même

(1) AL-MAWERDI, *op. cit.* p. 146; YOUNG, *op. cit.*

de statuer en pleine lumière, est étranger à la justice islamique.

Le droit musulman ne connaît pas ces règles détaillées, compliquées, de la procédure moderne, avec ses formalités, ses écritures, ses délais, dans lesquelles les juristes voient des garanties essentielles à la défense libre et complète des parties, à l'instruction de la demande et à la formation de la conviction du juge. « L'absence de règles fixes pour l'instruction et le jugement des procès et l'exécution des jugements, écrivent de savants auteurs (1), crée le désordre et l'arbitraire, favorise la chicane et la mauvaise foi ».

Mais la procédure a aussi ses inconvénients, qui ne sont pas contestés : la lenteur, la complication, les frais, qui entraînent une défiance de la justice et font de la procédure « un instrument au service de l'esprit de chicane. Une justice trop lente, trop coûteuse, est une des formes de l'injustice ; elle n'est plus le chemin de la justice et de la vérité ; on préfère subir des arrangements injustes, ou même renoncer à des droits certains, pour ne pas s'exposer à de longs et ruineux procès. » (2)

La justice musulmane ne redoute pas ces dangers. Les plaideurs n'ont pas à craindre de perdre leur procès, pour avoir omis de faire un geste ou de prononcer une parole, comme sous les actions de la loi. Ils trouvent un juge qui prononce, en principe, sur-le-champ et sans frais. Il est donc facile à un individu de faire valoir ses droits en jus-

(1) GLASSON ET TISSIER, *Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, tome I^{er}, p. 4.

(2) GLASSON ET TISSIER, *op. cit.* I, p. 5.

tice, ou de contester la prétention de son adversaire. Par une conception diamétralement opposée à celles du droit romain, de notre ancien droit et du droit moderne, c'est dans la liberté des plaideurs et du juge, dans l'absence de formes, que le droit musulman voit la garantie du libre exposé des prétentions adverses. Mais l'aspect religieux de la justice se manifeste par les devoirs moraux imposés au juge, inspirés de la préoccupation majeure d'assurer aux plaideurs une rigoureuse égalité. Nous avons reproduit les recommandations célèbres adressées par le khalife Omar à Abou Mouça Al-Achâri. Dans une épître aussi fameuse (1), Taher abd Al-Hoseïn, général d'El-Mammoum, expose à son fils, Abb Allah ibn Taher, nommé au gouvernement de Raccas, les préceptes à suivre dans l'administration de la justice : « Engage-toi dans l'examen de cette affaire sans jamais perdre de vue les devoirs que Dieu t'a imposés ; que la partialité et la prévention ne t'écartent jamais de la justice et ne te mènent pas à faire une distinction entre tes proches et ceux qui te sont étrangers...

« Sache que l'examen de la justice est la chose la plus importante aux yeux de Dieu. C'est la balance au moyen de laquelle il règle les différends qui ont lieu entre les hommes. En tenant cette balance avec intelligence et équité..., tu soulageras les opprimés, tu feras rentrer chacun dans ses droits, tu assureras à tous les moyens d'existence et tu leur feras respecter les devoirs de l'obéissance. Quand la justice est bien administrée, Dieu accorde la prospérité

(1) IBN KHALDOUN, *Prolégomènes, La cité parfaite*, II, p. 142 et suiv.

et le bonheur ; la religion fleurit ; l'influence de la loi révélée et de la *Sounnah* reprend son cours. Sois zélé pour la cause de Dieu ; inflige les peines prescrites par Dieu, mais sans rien précipiter ; fais-le sans répugnance et sans hésitation. Dompte ta colère et réprime ta violence. Profite de l'expérience. Ecoute avec silence et attention, parle à propos et en allant au but ; rends bonne justice aux plaideurs ; dans le doute, abstiens-toi. Sois exigeant dans l'établissement des preuves ; que la déférence et le désir d'obliger n'aient sur toi aucune influence, afin que ta conduite soit à l'abri de tout reproche. Procède avec précaution et lenteur ; examine, attends, réfléchis, considère bien avant de prendre une décision ».

Y a-t-il autre chose, dans cette épître, que des conseils moraux, que des préceptes, dépourvus de sanction juridique, à suivre pour se conformer aux règles de la religion ? Ces devoirs imposés par Dieu, leur accomplissement fait fleurir la religion. Nous ne sommes plus dans le domaine du droit, mais dans celui de la morale islamique. C'est Dieu lui-même qui pose le principe d'une égale justice, et il y attache une sanction purement spirituelle.

« O David, certes, nous t'avons établi comme vicaire sur la terre. Juge donc le droit entre les hommes et ne suis pas tes fantaisies, de crainte que celles-ci ne te détournent de la voie de Dieu. Assurément ceux qui se détournent de la voie de Dieu, pour eux, il y aura un dur châtiment, parce qu'ils auront oublié le jour de la reddition des comptes » (1).

(1) *Coran*, XXXVIII. V. 5.

De cette règle, les juristes ne font que dégager les devoirs du juge, qui constituent un chapitre important de leurs commentaires. Le juge ne doit manifester en aucune manière, par ses gestes, ses paroles, ou son attitude, son opinion ou ses préférences au cours du procès. Il doit observer la plus stricte égalité pour tout ce qui concerne le procès. Par exemple, il doit agir absolument de la même façon pour faire asseoir les parties, tourner ses regards également vers chacune d'elles, et leur adresser la parole à toutes deux, alors même que l'une d'elles appartiendrait à une famille noble, et l'autre au vulgaire.

Les auteurs abondent en exemples pittoresques de la manière stricte dont les premiers khalifes entendaient cette impartialité du juge dans l'attitude.

Le khalife Ali ben Abi-Taleb entra avec un rival non musulman, *Zoummi*, chez le cadi Chaurai'h, qui se leva par respect pour lui. Le khalife dit au juge : « Voilà ta première injustice ».

Une femme non musulmane avait porté plainte auprès du khalife Omar ben Al-Khatab, contre Ali ben Taleb, qui se trouvait là par hasard, Omar dit alors à Ali : « Abi Al-Hassan, lève-toi et va te mettre à côté de ton accusatrice. Ali, furieux, se leva. Omar lui dit, après avoir rendu son jugement : « O père du Hassan, es-tu fâché d'avoir été jugé, alors qu'on t'accusait faussement ? »

Ali lui répondit : « Non, ce n'est pas du tout cela, mais ce qui m'a choqué, c'est de m'avoir appelé Abi Al-Hassan,

car il se peut que mon accusatrice ait été prise de frayeur ou de honte, en m'entendant qualifier ainsi » (1).

Un jour, Al-Mamoun, fils d'Haroun Al-Raschid et septième khalife Abbasside, rendait la justice ; au moment de lever l'audience, il fut abordé par une femme vêtue de haillons, qui semblait arriver d'un long voyage. « Expose tes besoins », lui dit-il, après qu'elle eut salué. « Un chef puissant, répondit-elle, m'a privée de mes droits et s'est emparé de mes biens par tyrannie et simple oppression. ». — Comment, dit Al-Mamoun, s'appelle ton adversaire ? — Chef des Croyants, c'est celui qui se trouve à côté de vous, et la femme désignait Al-Abbas, le propre fils du khalife.

Al-Mamoun ordonna à l'huissier de faire asseoir son fils en face de la femme, dans la partie du prétoire réservée aux parties adverses.

Or, la voix de la femme commençait à dominer celle de son adversaire. L'huissier lui dit : « Baisse la voix ; tu es en présence du khalife, et tu adresses la parole au prince son fils ». Al-Mamoun s'écria : « Laisse-la continuer ; le droit la fait parler, et lui, il le fait taire ».

Le khalife rendit son jugement en faveur de la femme ; il lui restitua ses biens, et punit son propre fils pour son injuste agression (2).

Le même khalife se présentait un jour devant le cadi Yahya ben Al-Aktham, pour se défendre en personne contre un adversaire qui lui réclamait des droits.

(1) EL-ABCHIHI, *Kitab El-Moustatraf*, 118, cité par ARIF BEY EL-NACADI, *La justice musulmane*, pages 28 et suivantes.

(2) ABD-RABIB. — *Kitab Al-Acd Al-Farid*.

Un de ses serviteurs lui met un coussin sur son siège. Le cadi dit au khalife : « Ne prends pas sur ton adversaire l'avantage d'être à la place d'honneur dans la salle. » (1).

Le juge ne doit pas non plus parler en tête à tête dans le tribunal avec l'une des parties, ou lui faire des signes, ou lui parler dans une langue que l'autre partie ne comprendrait pas. Le juge doit, en un mot, s'abstenir de tout acte qui éveillerait les soupçons.

Pendant la durée d'un procès, le juge doit aussi s'abstenir de se rendre aux réunions ou aux dîners d'une des parties, ou de la recevoir chez lui.

En un mot, son impartialité doit être complète : « Garde-toi de tout trouble, agitation ou expression d'ennui à l'égard des plaideurs », recommande le khalife Omar à Abou Mouça Al-Achari. Il doit même s'abstenir de tenir audience, lorsqu'il ne se sent pas en état d'apporter à son examen tout le sérieux ou le sang-froid nécessaire, par exemple, lorsqu'il souffre de la faim ou de la soif, quand la colère le domine, quand la chaleur est extrême ou le froid excessif, quand il est sous le coup d'un chagrin, ou en état d'ébriété (1).

Les Khalifes réprimaient avec rigueur toute tentative des puissants d'arrêter par la force le cours de la justice, comme le montre l'exemple suivant.

On rapporte, d'après Anas ben Malik, qu'un habitant de l'Egypte se présenta devant Omar Al-Khattab, et se plaignit, dans les termes suivants, d'Amrou ibn Al-Aas : « O

(1) AL-ABCHIHI. — *Kitab Al-Moustazraf*.

(2) AL-MAWERDI, *op. cit.* YOUNG, *op. cit.*

Chef des Croyants ! C'est ici que doit s'arrêter celui qui cherche un refuge ! » — « Tu as trouvé un abri, que désires-tu ? » lui répondit Omar. — « Dans une course entre le fils d'Amrou ibn Al-Aas, gouverneur de l'Égypte, et moi, mon cheval étant arrivé le premier, le fils d'Amrou s'est précipité sur moi, le fouet à la main, et m'en a cinglé le visage, en me disant : « Je suis le fils des plus nobles ! »

« Le fait est parvenu aux oreilles de son père qui, craignant que je ne vienne te porter plainte contre son fils, m'a fait mettre en prison. Je me suis évadé et je viens à toi. »

Omar Al-Khattab écrivit alors à Amrou de venir le voir. Et se tournant vers l'Égyptien, il lui dit : « Attends que ton adversaire soit ici... ».

Quand Amrou ibn Al-Aas et son fils furent arrivés, Omar Ibn Al-Khattab leur donna audience et l'Égyptien renouvela sa plainte en leur présence. Omar lui fit alors signe de prendre un nerf de bœuf et de frapper son adversaire.

L'Égyptien s'approcha du fils d'Amrou ibn Al-Aas et se mit à le frapper avec le nerf de bœuf, et Omar lui disait : « Frappe le fils des plus nobles ! ». Le père finit cependant par s'écrier : « Tu es satisfait ! O Chef des Croyants ! ».

Omar se tournant vers Amrou ibn Al-Aas lui dit : « Comment oses-tu chercher des esclaves parmi les hommes que leurs mères ont enfantés libres ? »

Le Coran défend expressément au cadi d'accepter des présents de personnes qui sont en procès devant lui (1).

Il est même désirable qu'il n'en reçoive de qui que ce

(1) YOUNG, *Corps de droit ottoman*, VI, p. 433.

soit, car il ignore qui peut se trouver un jour impliqué dans un procès.

S'il s'agit de présents qu'il ne puisse refuser, il doit, en compensation, en rendre l'égale valeur, ou, en cas d'impossibilité, les verser au Trésor.

Devant ce juge impartial, impassible, les plaideurs viennent librement et exposent librement leurs prétentions et leurs moyens de défense, sans formalités sanctionnées par des nullités. Les deux plaideurs s'ajournent respectivement devant le cadi, et sa justice est si vénérée et si redoutée que celui qui l'éviterait serait regardé comme impie et criminel. Aussi une simple invitation suffit-elle presque toujours. Si le demandeur ne compte pas sur la bonne foi du défendeur, il l'ajourne en présence de deux témoins. Le défendeur encourrait une peine afflictive, s'il ne comparait pas ; il comparait toujours.

La liberté et l'égalité des plaideurs dans l'exposé de leurs prétentions donnent aux audiences du cadi une note pittoresque, malgré le caractère sacré du lieu et du magistrat.

« Le cadi tient audience tous les jours, même le vendredi. Lorsque le cadi est arrivé, entouré de ses assesseurs, le public se presse en foule à la porte du sanctuaire. Le magistrat adresse à Dieu une prière d'invocation, avant l'ouverture des débats. Puis il s'assoit, sur une estrade élevée de deux pieds, et les assesseurs se rangent et s'accroupissent sur des nattes de chaque côté.

Le magistrat assis, les contendants, qui se pressent à la porte, se présentent, d'après l'ordre de leur arrivée. Ils abordent le cadi, l'adjurent, au nom de Mahomet, de les

entendre, se prosternent devant lui, lui baisent les mains, retournent au fond de la salle d'audience, et là, exposent tour à tour, avec une volubilité extraordinaire, l'affaire qui les appelle devant la justice. Le plus souvent, la demande et la défense se croisent ; il s'ensuit une mêlée de paroles qu'on a peine à comprendre, et le cadi est obligé de rappeler les parties à l'ordre, ce qu'il n'obtient pas facilement » (1).

Par une originalité singulière, la femme a libre accès devant le tribunal du cadi ; elle a le droit d'estimer en justice sans aucune autorisation. C'est une marque d'égalité des justiciables, que les femmes de l'Occident pourraient envier à leurs sœurs musulmanes !

Toutefois, sur un point de détail, celles-ci étaient, et sont encore dans certains pays, moins favorablement traitées que les hommes. Lorsque des femmes se présentaient devant le cadi, on ne les admettait pas dans le sanctuaire même, comme les hommes. « Elles restent en dehors, dans deux cours latérales à la salle d'audience, et ne communiquent avec le cadi et avec leurs adversaires, si ce sont des hommes, que par des croisées grillagées de chaque côté. C'est par ces tristes guichets qu'elles ont à jeter pour ainsi dire leurs prétentions à l'audience. Du reste, elles sont écoutées avec bienveillance ; elles ne paraissent pas s'inquiéter de leur position à l'audience ; car elles s'expriment avec assurance et même fierté, et il n'est pas rare de les voir aller jusqu'à faire perdre à leurs adversaires masculins leur flegme oriental, au point que la menace éclate, et

(1) PHARAON ET DULAU, *op. cit.*, p. 423.

que le cadi est obligé de rétablir le calme par les paroles de conciliation.

Malgré le désordre de l'exposition des affaires, et la loquacité étourdissante des plaideurs, le cadi, la face toujours impassible, et vraiment patriarcale, écoute, interroge, réplique, donne des signatures et prononce des sentences. » (1)

On a dit que la législation musulmane avait abaissé la femme et amoindri son prestige, en donnant à son témoignage la valeur de la moitié de celui de l'homme « Si vous ne trouvez pas d'homme, dit le Coran, choisissez deux femmes parmi les personnes aptes à témoigner » (2). A y regarder de près, cette disposition ne s'explique pas par l'idée que la femme serait inférieure à l'homme, et moins sûre que lui ; mais parce que les femmes, demeurant à la maison et moins rompues à la pratique des affaires, risquent d'avoir des défaillances de mémoire : « Afin, ajoute le verset du Coran, que si l'une oublie, l'autre puisse rappeler le fait ».

Cette disposition est si peu fondée sur l'infériorité de la femme que le témoignage concordant de deux femmes peut être même préféré dans certains cas à celui de deux hommes.

Ibn Kaïm Al-Djozieh dit : « Nous ne considérons pas comme faible le témoignage concordant émis par deux femmes ; c'est pour cela que nous rendons justice en nous basant sur leur témoignage, bien qu'on puisse les remplacer par deux témoins hommes. Car les deux femmes sont un

(1) PHARAON ET DULAU, *op. cit.* p. 424.

(2) Coran, chap. II, verset 282.

élément principal et non alternatif. La femme, en véracité, honnêteté, fidélité et religion, est égale à l'homme, mais craignant pour elle l'oubli et l'inattention, le Coran l'a renforcée par une autre femme, et cela la rend plus forte que l'homme seul. Et il est hors de doute que la présomption née du témoignage d'un seul homme est inférieure au témoignage de deux femmes. » (1)

Plusieurs juristes éminents ont accepté le témoignage des femmes seules.

Le grand imam Ahmed, questionné sur le cas d'un mourant qui faisait son testament verbal, assisté seulement par des femmes, répondit : « J'accepte leur témoignage ».

Al-Chaféi décide que la présence d'un témoin masculin n'est plus de rigueur, et il autorise le témoignage des femmes, pour les faits qui, ordinairement, n'ont pas lieu sous les regards des hommes, tels que l'existence de la virginité, l'accouchement, l'allaitement, etc. (2).

Observons d'ailleurs que certaines législations occidentales n'admettent que depuis une époque très récente le témoignage des femmes (Loi française du 7 décembre 1897 pour les actes de l'état civil ; loi italienne du 9 décembre 1877).

Un avocat à la Cour de Paris ne va-t-il pas jusqu'à condamner purement et simplement le témoignage des femmes en justice, sous prétexte que la femme peut être expo-

(1) IBN AL-KAIM AL-DJOZIEH, *op. cit.*, p. 70, 78, 82, 133, 134 et suiv. Cf. ARIF BEY AL-NAKADI, *op. cit.*, p. 29 et suiv. Cf. ABDALLAH EL-YAFFI, *La condition privée de la femme dans le-droit de l'Islam*, p. 69 et suiv.

(2) ABDALLAH EL-YAFFI, *op. cit.* p. 138.

sée à l'inexactitude et que son intervention n'engendrerait qu'erreurs dans le fonctionnement de la justice ? (1).

L'égalité est aussi respectée dans l'ordre des procès. Les affaires ne sont pas mises au rôle, sauf les affaires importantes. Les parties sont entendues dans l'ordre de leur arrivée. Le juge doit examiner les procès dans l'ordre où ils sont présentés. Il n'est fait exception à cette règle que pour certains justiciables, en raison de l'intérêt de leur cause ou de l'urgence : les affaires des voyageurs, des détenus pour dettes et des orphelins passent seules avant les autres.

D'ailleurs, la simplicité de la procédure évite aux parties les lenteurs du procès, et est une nouvelle garantie d'égalité, en évitant les pertes de temps.

Si, au cours de l'audience, l'affaire a été élucidée, le jugement doit être prononcé séance tenante, car, pour les mahométans, la célérité est l'une des premières conditions d'une bonne justice. Cependant le cadi a toute latitude pour ordonner une nouvelle information, et pour couper la séance par un repos convenable.

La tâche du juge est du reste simplifiée par la procédure de l'instruction : avant de venir à l'audience, les parties doivent avoir établi les faits sur lesquels elles appuient leurs prétentions. Le cadi n'a plus qu'à apprécier la moralité des faits et les témoignages, et à appliquer en conséquence la loi. Les témoignages constituent le moyen de preuve principal, supérieur aux écrits sous seings privés. Avant de déposer, les témoins ne sont pas obligés de prêter serment. Ils déposent alternativement et en présence les

(1) GUILHERMET (G.), *Comment se font les erreurs judiciaires*, chap. IV, p. 101 et suiv.

uns des autres, ce qui est un grand vice. Toute personne peut, en principe, être témoin ; c'est au cadi à apprécier la valeur des dépositions. Si les faits ne sont pas assez clairs, le cadi peut déférer le serment sur les faits personnels. Les musulmans jurent sur le Coran ; les juifs, sur le Talmud ; les chrétiens, sur l'Evangile : c'est une preuve éclatante de l'égalité des plaideurs dans l'exercice de leur religion.

La simplicité, la presque inexistence de la procédure, ne rend pas onéreux le recours à la justice et ménage ainsi à un nouveau point de vue l'égalité de fait des parties devant la justice. Un individu n'hésitera pas à porter une contestation devant le cadi, sous prétexte que son procès l'empêchera de travailler, ou lui coûtera trop cher. La justice musulmane est réellement gratuite. Sous aucun prétexte, le cadi ne peut exiger aucune somme ou prestation des justiciables.

Aucun traitement n'est attaché à la fonction de cadi. Toutefois, si la personne nommée est sans ressources, il doit lui être alloué une subvention sur les fonds du Trésor et le cadi est alors autorisé à porter en compte les frais de ses employés, d'un greffier, notamment.

CHAPITRE IV

L'organisation judiciaire de la Syrie sous le Mandat Français

Dans les développements qui précèdent, nous avons mis en relief le caractère éminemment religieux, l'origine coranique des principes qui réglaient l'administration de la justice dans l'empire arabe. Leur essence divine a permis à cette organisation judiciaire de survivre à la conquête de l'empire arabe par les Turcs et de se maintenir sous la domination du vainqueur ottoman, adepte du Prophète comme le vaincu arabe. C'est seulement au XIX^e siècle que des réformes inspirées du régime judiciaire des pays occidentaux ont ouvert une large brèche dans cette construction, sans d'ailleurs la raser complètement.

D'autre part, à côté de l'organisation générale de droit commun, se sont maintenues des juridictions particulières d'origine traditionnelle, au profit des communautés religieuses non musulmanes ou des représentants des puissances.

En décrivant l'organisation judiciaire de la Syrie, à laquelle nous nous proposons de nous attacher désormais, nous allons trouver les divers éléments des juridictions de l'empire ottoman.

Section I. — LES TRIBUNAUX CHERIEH

Ce sont d'abord les tribunaux religieux musulmans traditionnels, ou tribunaux cherieh, tels que nous les avons étudiés longuement. Ils comportent deux catégories de fonctionnaires. Les muftis, nommés à raison d'un par caza, assurent la justice consultative, interprètent le droit islamique quand ils en sont sollicités, sans que leur réponse (*fetwa*) soit obligatoire pour le cadi. Le cadi, nommé par le gouvernement, rend la justice distributive. Il constitue à lui seul, Kaïmmakamijah dans chaque caza, moutassari-fiât ou vilayet, le tribunal cherieh. Il est assisté d'un ou plusieurs greffiers, selon l'importance de la localité.

De la Cour de cassation de Constantinople relevaient les tribunaux des cadis, comme les tribunaux nizamieh.

Dans le droit pur de l'Islam, les tribunaux cherieh devaient constituer le régime judiciaire commun et unique. Ils ont gardé une compétence générale sur toutes les matières, au civil et au criminel, sur les musulmans et les non musulmans, pendant les longs siècles où la civilisation de l'Islam est restée étrangère au contact des idées de l'Europe occidentale. La création des juridictions civiles laïques, nizamieh, en 1879, a porté une grave atteinte à leur compétence. Telle qu'elle a été fixée en dernier lieu par une loi ottomane de 1917, maintenue en vigueur en Syrie, les tribunaux cherieh connaissent, à l'égard de tous les justiciables, sans distinction de religion : de la constitution, de l'administration et de la transformation des wakfs, de la tutelle légale, du testament, de la dévolution des suc-

cessions, de l'interdiction, de la levée d'interdiction, de la déclaration de raisonnable, de la nomination et de la révocation du tuteur, de l'absence et, vis-à-vis des musulmans, du mariage, du divorce, de la dot, de la pension alimentaire, de la filiation, de la garde de l'enfant (1).

C'est donc tout le statut personnel qui ressort de leur compétence. Celle-ci est également générale *ratione personae*. Hormis pour quelques cas, musulmans et non musulmans en relèvent indistinctement. La loi applicable est le seul droit musulman ou Chéri'â.

Section II. — LES TRIBUNAUX CIVILS.

Les tribunaux civils séculiers, dits « nizamieh » ou réglementaires, ont été institués par la loi du 27 Djemadi II 1296 de l'Hégire (6-17 juin 1879), sous le règne du sultan Abdul-Majid. Cette législation est une des étapes importantes dans l'ère des « Tanzimat-Réformes », inaugurée par le *Hatti-Chérif* de Gul Khané, proclamé par le même sultan le 3 novembre 1839, qui amorce l'introduction en Turquie du laïcisme occidental des institutions publiques. L'acte de 1839 proclame solennellement que « les institutions nationales doivent désormais garantir à nos sujets une parfaite sécurité quant à leur vie, leur honneur et leur fortune. Ces concessions souveraines sont acquises, de quelque religion ou secte qu'ils puissent être ; tous sont appelés à en jouir sans exception ». C'est l'abandon de principe du fondement religieux, islamique, des institutions de l'Etat.

(1) D'après le Rapport de la France à la Société des Nations sur l'année 1924, p. 18 et s. Cf. RABBATH (E.), *L'évolution politique de la Syrie sous mandat*, thèse, Paris, 1928, p. 183 et suiv.

Le *Hatti Houmayoun* du 18 février 1865 précise le champ d'application des principes constitutionnels : sécurité de chacun dans sa vie, son honneur et sa fortune ; égalité de tous devant la loi ; respect de la propriété individuelle et collective ; admission de tous les sujets aux emplois publics ; publicité des procès et jugements ; égalité des témoignages en justice,

La constitution promulguée par Abdul-Hamid le 23 décembre 1876 (7 Zilhijé 1293) renouvelle l'affirmation de ces principes. Dans le rescrit qu'il adresse à cette occasion à son grand-vizir, Midhat Pacha, le sultan proclame : ... « *Notre plus grand désir est d'accorder les mêmes droits et de prescrire les mêmes devoirs aux différents membres des communautés qui composent notre société, et de les mettre à même de profiter indistinctement des bienfaits de la liberté, de la justice et de l'égalité...*

... « Cette charte fondamentale consacre les prérogatives du souverain, la liberté et l'égalité civile et politique des Ottomans devant la loi. »

Si des motifs politiques ont fait suspendre l'application de la constitution de 1876, en ce qui concerne le régime représentatif et parlementaire, elle pose, relativement au droit public et au pouvoir judiciaire, des règles qui sont entrées en vigueur :

« Du droit public des Ottomans :

ART. 8. — Tous les sujets de l'Empire sont indistinctement appelés Ottomans, quelle que soit la religion qu'ils professent.

ART. 9. — Tous les Ottomans jouissent de la liberté in-

dividuelle, à la condition de ne pas porter atteinte à la liberté d'autrui.

ART. 17. — Tous les Ottomans sont égaux devant la loi. Ils ont les mêmes droits et les mêmes devoirs envers le pays, sans préjudice de ce qui concerne la religion.

ART. 19. — Tous les Ottomans sont admis aux fonctions publiques suivant leurs aptitudes, leur mérite et leur capacité.

Du pouvoir judiciaire :

ART. 81. — Les juges nommés conformément à la loi spéciale sur cette matière et munis du brevet d'investiture (beraat) sont inamovibles ; mais ils peuvent donner leur démission.

ART. 83. — Tout individu peut, dans l'intérêt de sa défense, faire usage devant le tribunal des moyens permis par la loi.

ART. 87. — Les affaires concernant le Cheriah sont jugées par les tribunaux du Cheriah ; le jugement des affaires civiles appartient aux tribunaux civils.

ART. 91. — Il sera institué des procureurs impériaux chargés d'exercer l'action publique ».

La réforme judiciaire, ainsi amorcée, a été réalisée par la loi de 1879, complétée par des lois successives, la dernière, du 25 novembre 1917. Ces lois n'ont pas supprimé les tribunaux cherieh, mais elles ont singulièrement réduit leur compétence, qui se limite aux affaires énumérées ci-dessus. Ces tribunaux perdent ainsi leur caractère de juridictions de droit commun, qui appartient désormais, avec la compétence générale, sauf les exceptions prévues par des textes de lois, aux tribunaux civils.

L'organisation judiciaire établie par ces lois a été calquée sur l'organisation des tribunaux français. Elle comporte trois degrés de juridictions : justices de paix, tribunaux de première instance et cours d'appel. La loi du 14 juillet 1886 (23 Chaw-âl 1304) avait créé, au sommet, une Cour de cassation, formée de trois chambres et siégeant à Constantinople.

Les tribunaux de première instance sont institués aux chefs-lieux des kaïmacames et des moutassarifs ; les cours d'appel, aux chefs-lieux des vilayets. Les tribunaux de première instance peuvent juger au civil et au criminel, dans les petites localités où les affaires sont peu nombreuses. Dans les grands centres, il existe des tribunaux civils et correctionnels séparés. Dans les localités peu importantes, les tribunaux de première instance comprennent un ou deux membres auxiliaires, qui siègent dans les litiges purement commerciaux. Dans les centres importants fonctionnent des tribunaux de commerce distincts.

A côté de chaque tribunal de première instance, un notaire, nommé par le ministre de la justice, enregistre les actes et les signatures, conserve la minute des documents, garde en dépôt les actes, valeurs consignées et testaments, légalise les procurations et les baux, proteste les effets impayés, communique les protêts et tous actes officiels, assiste aux constats officiels, personnellement ou en y déléguant spécialement un greffier (Loi du 4 août 1879).

Les tribunaux civils appliquent, soit le droit musulman inspiré du Coran, soit les Codes et les lois promulgués au XIX^e siècle. Le chérïah, appliqué auparavant par les tribunaux islamiques, était rédigé en langue arabe, que beau-

coup de magistrats turcs ignoraient. Pour remédier à cet inconvénient, le gouvernement entreprit la codification des règles concernant les contrats et les obligations. Après dix-sept années de travaux préparatoires, le Méjellet, ou Code civil musulman, fut publié en septembre 1878. Malgré l'influence occidentale dans la méthode et la généralisation des règles en principes, le Méjellet est tiré au fond du Chériah répandu par le rite hanafite. Les cent premiers articles sont des règles de « Fykh » (1) tirées de la jurisprudence musulmane orthodoxe (2).

Les autres codes sont, au contraire, inspirés des codes français ; le Code de commerce, promulgué le 28 juillet 1850, est un simple extrait du Code de commerce français, complété par des lois sur l'organisation des tribunaux de commerce (1860), la procédure commerciale (15 octobre 1861), le commerce maritime (1864), les banqueroutes (1905), les assurances (1906). Le Code pénal du 9 août 1858 adopte le système répressif français. Le Code de procédure du 2 juillet 1879 est aussi imité du Code de procédure français.

La réforme de 1879 ne s'était pas exécutée sans difficultés, tenant soit à l'ignorance des plaideurs, soit au mauvais

(1) Fykh : Le mot Fykh veut dire littéralement : compréhension, intelligence. Comme terme du droit, il a un double sens : au sens subjectif, il signifie, d'après la définition de Abou-Hanifa : « la connaissance de ce qui est pour et contre l'homme par rapport à ses actes ; en d'autres termes, la connaissance des dispositions du Chériah qui ordonnent à l'homme ce qu'il a à faire et à ne pas faire, la jurisprudence. Au sens objectif, il signifie l'ensemble des dispositions qui régissent la conduite pratique et apparente de l'homme.

(2) ABI-CHAHLA, *L'extinction des Capitulations en Turquie...*, page 173.

vouloir des juridictions dépossédées. Certains cadis prétendaient continuer de connaître de toutes affaires, suivant le principe traditionnel de leur compétence générale. Les tribunaux nizamieh, saisis par le défendeur de la question de compétence, rendaient au fond une sentence contradictoire avec la première. La loi des 17-29 mars 1886 a institué une procédure particulière, auprès du Conseil d'Etat, pour régler les conflits de juridictions entre les deux ordres de tribunaux.

La France, puissance mandataire en Syrie, y a maintenu la dualité des juridictions nizamieh et cherieh, en conservant à peu près intégralement l'organisation arrêtée par les lois ottomanes de 1879 et de 1917, pour les premières par le droit musulman traditionnel, pour les autres.

On compte actuellement, dans l'Etat de Syrie : 29 justices de paix, 10 tribunaux de première instance et 3 cours d'appel (à Damas, Alep et Deir-el-Zor) ;

— dans le sandjak d'Alexandrette : 8 justices de paix et trois tribunaux de première instance ;

— dans le Liban, 13 justices de paix, 13 tribunaux de première instance et 2 cours d'appel (à Beyrouth et Lattaquié) ;

— dans l'Etat des Alaouites : 3 justices de paix et 2 tribunaux de première instance ;

— dans le Djebel-Druse, 1 cour d'appel, à Soueïda.

Les six cours d'appel sont sectionnées en deux chambres, civile et criminelle. Par exception, une Cour criminelle a été établie à Antioche, pour le sandjak d'Alexandrette.

Le nombre des juridictions peut sembler considérable,

par rapport à l'importance territoriale et à la population de ces Etats. Cependant, la quantité des affaires soumises chaque année aux tribunaux n'a pas permis, dit-on, jusqu'ici d'en envisager la réduction (1). D'autre part, chaque Etat est jaloux de son autonomie et croit voir une atteinte à son indépendance dans toute diminution de ses organismes. Ainsi les projets de réduction du nombre des tribunaux du Liban, déposés sur le bureau de la Chambre libanaise, et justifiés par les minimes dimensions de cet Etat, se heurtent aux résistances locales.

Section III. — LES JURIDICTIONS DE COMMUNAUTÉS

Une des plus graves difficultés qui entravent l'action nationale en Syrie est, en effet, la diversité profonde des éléments ethniques et surtout religieux dont se compose la nation syrienne, divisée en sectes jalouses de leur foi et de l'autonomie traditionnelle dont elles ont joui plus ou moins largement, à l'abri des idées de tolérance du Coran et des difficultés orographiques d'accès du pays (2). A la France, mandataire de la Syrie au nom de la S. D. N., en vue de préparer ces territoires à s'administrer eux-mêmes, se posait un dilemme délicat : respecter l'autonomie de ces communautés, c'est-à-dire maintenir entre elles des cloisons étanches ; ou pratiquer une politique plus audacieuse, de grande envergure : briser ces barrières, qui condam-

(1) *Rapport de la France à la S. D. N. pour 1926*, p. 59.

(2) Chose curieuse, nous avons vu, en parcourant le droit romain et l'ancien droit français, que les privilèges étaient obtenus par la classe la plus forte au détriment de la plus faible ; dans l'Islam, au contraire, c'étaient bien des tolérances de la part des musulmans vainqueurs et forts à des communautés faibles.

nent à la mort politique, sociale, économique, des Etats minuscules en dissension et unir ces populations, en réveillant en elles l'idéal commun d'une nation syrienne.

La France paraît avoir choisi la première politique. Certains délégués et fonctionnaires du Haut-Commissariat ont favorisé et attisé le mouvement séparatiste, pour appliquer la maxime romaine : « Diviser, pour régner ». Toutefois cette tactique, qui semblait encouragée par la rivalité des sectes, a rencontré des difficultés politiques ; l'insurrection de 1925, les tâtonnements successifs apportés par les Hauts Commissaires dans le nombre des Etats et leurs remaniements territoriaux, ont démontré que cette tâche n'était pas aisée.

En tout cas, cette politique explique le maintien par la puissance mandataire du régime « communautaire », avec les privilèges de juridiction qu'il comportait sous le régime politique ottoman. A côté des tribunaux civils de droit commun et des tribunaux cherieh musulmans démembrés, continuent à fonctionner, en effet, en Syrie, des juridictions de communautés non musulmanes ou de rites musulmans autres que sunnites.

Nous avons vu précédemment que le caractère coranique de l'organisation judiciaire n'interdisait pas logiquement la constitution de juridictions au profit des communautés non musulmanes, en face des juridictions cherieh. L'esprit de tolérance du mahométanisme admettait fort bien ce parallélisme de compétence. Sous l'empire byzantin, le patriarche melchite de Jérusalem jouissait déjà de privilèges officiels. Quand le khalife Omar s'empara de la Ville Sainte, il les lui renouvela, et les étendit au domai-

ne de la juridiction civile ; le patriarche fut investi d'une véritable souveraineté sur les chrétiens ressortissant de son patriarcat. Les dynasties successives qui s'emparèrent de la Syrie, depuis les Oméiades, confirmèrent ces privilèges.

Mohamed II, en s'emparant de Constantinople, continua la même politique de tolérance ; il institua le patriarche de la capitale comme un véritable fonctionnaire, intermédiaire suprême.

Les droits civils dont jouissaient les patriarchats, soit à la suite d'une tolérance qui a acquis force de droit, soit aussi par des beraats accordés et des ordres promulgués par la Sublime-Porte, sont les suivants :

1° Les fiançailles, les mariages, les présents de noces, les questions de pension alimentaire, de séparation de corps, de séparation de biens (de divorce, chez les non catholiques) ; ces diverses questions, lorsqu'elles sont présentées aux tribunaux civils, sont régulièrement renvoyées devant les tribunaux d'Eglise ;

2° Les testaments et tout ce qui regarde le régime successoral, à moins que les parties ne préfèrent s'adresser aux tribunaux cherieh ;

3° Les questions d'état civil ;

4° Tout ce qui regarde l'enseignement à tous les degrés ;

5° Le droit, pour le patriarche ou les évêques, de requérir la force publique pour l'exécution de leurs sentences, à moins que les parties n'en appellent au tribunal de droit commun, sauf quand il s'agit de questions de mariage, auquel cas la sentence ecclésiastique est toujours confir-

mée ; d'arrêter et de punir certains délinquants ecclésiastiques ;

6° L'administration parfaitement libre des biens d'Eglise et des legs destinés aux pauvres. Remarquons que les mosquées et les fondations pieuses leur appartenant sont gérées et administrées par la Direction des *Wakfs*, qui est surveillée par l'Etat ; pourquoi n'en serait-il pas de même pour les autres communautés non musulmanes ?

7° Le métropolitain, l'évêque, le prêtre placés à la tête d'une circonscription de vilayet, de mutessarifiat ou de *caza*, ont le droit de prendre part à la commission gouvernementale qui choisit et arrête les noms des candidats aux conseils administratifs et aux tribunaux civils.

Enfin le patriarche et les évêques ont droit à certains honneurs officiels, par exemple, d'être salués par les gardes et les sentinelles se trouvant sur leur passage.

Ces privilèges ont été successivement étendus à toutes les communautés de l'empire ottoman non musulmanes, catholiques, orthodoxes ou juives. Le tribunal religieux de la communauté fonctionne auprès des patriarches et des grands-rabbins.

Il connaissait au début de tous les litiges concernant le statut personnel, y compris les successions, en vertu des nombreux *bérats* des Sultans. Puis, peu à peu, la compétence de ces tribunaux a été progressivement réduite, d'abord au profit des tribunaux musulmans, ensuite en faveur des juridictions civiles. Dans le dernier état de la législation, ils connaissent sans réserve des contestations, nées entre leurs adeptes, relatives à la conclusion ou à la dissolution du mariage, à la pension alimentaire de la jeune

mariée, à la dot. D'autres questions sont aussi de leur ressort, mais sous certaines réserves, par exemple, l'inventaire successoral, à condition que tous les héritiers soient présents, majeurs et consentants ; le testament, si tous les héritiers appartiennent à la même communauté et qu'aucun wakf ne se trouve dans les biens de la succession. A défaut de ces conditions, le tribunal chérieh redevient compétent.

Leurs jugements sont exécutés par les mêmes agents et dans les mêmes conditions que les décisions rendues par la juridiction de droit commun.

Les tribunaux des communautés non musulmanes appliquent le droit, coutumier ou religieux, traditionnellement admis comme tel par la communauté. En fait, pour les successions, ils suivent le droit musulman ; pour les questions relatives à la dot, au mariage et à la séparation, les tribunaux chrétiens sont régis par le droit canonique ; les tribunaux israélites, par le Talmud (1).

En prenant possession du mandat sur la Syrie, la France y a maintenu cette organisation juridictionnelle des communautés non musulmanes, avec la même compétence. Elle en a même étendu les privilèges aux communautés alaouite et djafarite (métoualis). Ces deux groupements avaient bien, sous le régime ottoman, des juridictions propres, mais dépourvues de caractère officiel, et purement coutumières ; leurs sentences n'avaient pas la force exécutoire, mais seulement une autorité morale, celle d'arbitres choisis par les plaideurs, qui restaient libres d'accepter ou non leurs décisions.

(1) PAPADOPOULOS, *Les Privilèges du Patriarcat œcuménique*, p. 47 et s.

Un arrêté du gouverneur de l'Etat des Alaouites du 15 septembre 1927 a transformé les juridictions alaouites en tribunaux communautaires officiels ; il précise leurs attributions, leur ressort, leur procédure, les degrés d'appel, les voies d'exécution, et il interdit formellement (art. 8) aux tribunaux cherieh sunnites de connaître des affaires de la compétence des cadis alaouites.

D'autre part, un arrêté du Haut-Commissaire du 27 janvier 1926 a reconnu aux musulmans chiites (métoualis) le droit d'être jugés en matière de statut personnel par leurs cadis, selon les principes de leur rite « djafarite ».

En dehors des cadis et muftis druses du Hauran, déjà reconnus par l'empire ottoman vers le milieu du XIX^e siècle, les autres communautés, yézidie et ismaéli, par exemple, ont des juridictions coutumières, sans caractère officiel.

Enfin un arrêté du 28 avril 1926 a encore restreint la compétence des tribunaux sunnites, en la limitant à des questions strictement personnelles, limitativement énumérées. Mais la résistance des fanatiques en a suspendu l'application, sauf dans l'Etat des Alaouites.

Le maintien en Syrie de juridictions d'essence religieuse, tribunaux cherieh et juridictions de communautés, à côté des tribunaux nizamieh civils, ne mérite que des critiques. Ce triple ordre de juridictions compromet la bonne administration de la justice ; il met les juges et les plaideurs dans l'embarras, et crée des conflits incessants sur la compétence et le fond du droit, d'où résultent des procès interminables et très coûteux.

Chaque juridiction n'applique, en principe, d'autres règles que celles de sa propre législation, de sorte que les con-

flits de compétence législative sont, en fait, à peu près éliminés, et cèdent la place à des conflits de compétence judiciaire. C'est la négation des principes fondamentaux du droit international privé et la source des plus graves préjudices. Le fond du droit dépend de la juridiction devant laquelle le litige doit être tranché (1).

Cette situation fâcheuse est encore aggravée par la faculté pour un même individu de changer de religion et même de rite, à sa volonté et même à sa fantaisie, suivant le principe de la liberté de conscience, sur lequel sont fondés les privilèges des communautés. La conversion à l'islamisme ou à une autre religion se fait sans autorisation préalable, sans formalités imposées à peine de nullité, par une simple manifestation de volonté. Or elle entraîne un changement dans la compétence et dans le statut personnel applicable. Cette conversion est considérée comme une apostasie, qui entraîne des déchéances, par l'autorité dont la religion est abandonnée ; au contraire, devant l'autorité dont il embrasse la foi, l'individu est un converti, qui a droit au bénéfice de tous les privilèges reconnus aux adeptes de sa nouvelle confession (2).

En faisant dépendre le statut personnel de la religion, qui dépend elle-même de la volonté des parties, on laisse l'état des personnes dans une perpétuelle incertitude et livré à la fantaisie des individus. On aboutit à des conflits incessants, à l'anarchie de la justice : « Ici, c'est la religion qui joue le grand rôle ; c'est elle qui est la source intarissa-

(1) Cf. WADIE M. FARAG, *Le rôle des tribunaux mixtes et indigènes d'Egypte en matière de statut personnel*, p. 40 et 43.

(2) WADIE M. FARAG, *op. cit.*, p. 42.

ble et féconde des conflits. Veut-on se soustraire à sa propre juridiction de statut personnel ? Veut-on échapper à l'exécution de ses jugements ? Veut-on être à l'abri de toute inquiétude de sa part ? Veut-on être sans juge ? Veut-on, en un mot, faire prévaloir l'état de fait ? La chose est aisée : il suffit de changer de rite ou de religion. Les inconvénients qui découlent de ces procédés sont très graves, et le mal tend à s'accroître de plus en plus, par le nombre toujours croissant des cas de changement de rite ou religion, évidemment non motivés par des convictions religieuses » (1).

Des exemples empruntés à la vie courante montrent les inconvénients, répétés tous les jours, de cet enchevêtrement de juridictions. La question des naissances, des mariages et des héritages est aussi importante qu'embrouillée. Pour les musulmans, c'est le cadi qui marie ou délivre le permis de mariage ; c'est lui qui préside au partage de l'héritage, selon les prescriptions du Coran.

Les patriarchats, de tout temps, détiennent la gestion de ces trois parties : pour les naissances, les patriarchats se contentent d'enregistrer la date de baptême du nouveau-né. A ce régime, un individu est incapable de savoir au juste le jour et l'année de sa naissance, parce que l'Etat n'en a été prévenu que très tard.

En matière de mariage, c'est encore pire. L'Etat est tenu dans l'ignorance du mariage contracté ; il ne doit le reconnaître que sur l'intervention occasionnelle du patriarchat. Mais si un melchite, marié par le patriarchat melchite à une femme maronite, devient orthodoxe, pour se débarrasser

(1) SESOSTRIS BEY SIDAROÛSS, *Les patriarchats dans l'Empire ottoman et spécialement en Egypte*, p. 382.

d'une épouse inopportune, et se remarie chez les orthodoxes, que deviennent les droits de la première femme et de ses enfants, s'il y en a ? Quels sont les droits de la seconde femme et de sa progéniture ? A qui, des melchites, des maronites ou des orthodoxes, revient le droit de juger ? Lequel des deux mariages, doit être considéré comme légitime par l'autorité civile ? Autant de questions qui, en pratique, donnent naissance à des conflits aussi violents qu'interminables.

Les adversaires se disputeront sans fin le droit à la juridiction, et ils se mettront seulement d'accord pour dénier à l'autorité civile le droit d'intervention.

Les patriarchats admettent, pour la distribution de l'héritage, les principes coraniques, mais là où le mal se révèle intolérable, c'est quand une sentence patriarcale de distribution n'obtient pas l'agrément de tous les intéressés. Les uns recourent alors aux tribunaux du Cheriah, pendant que les autres opposent la compétence du tribunal patriarcal. Les uns et les autres décident à leur tour, sans que la distribution de l'héritage s'accomplisse. Même dans le cas où la majorité des cohéritiers acceptent la sentence du patriarchat, celui-ci n'ayant à sa disposition aucun moyen exécutoire, la minorité en appelle au cherieh, pour créer un empêchement à l'exécution. Mais les choses se compliquent plus encore, quand le droit de distribuer l'héritage est revendiqué par plusieurs patriarchats à la fois. Le cas est fréquent. Ou le défunt a appartenu tour à tour à plusieurs communautés, qui toutes s'obstinent à le revendiquer, ou bien les héritiers relèvent de confessions différentes, dont

chacune se déclare seule compétente pour régler la distribution.

La complexité des compétences et des droits applicables a même déterminé des erreurs flagrantes de jurisprudences.

Dans un arrêt du 26 juin 1927 (affaire Galazé), la cour d'appel d'Alep, sur les conclusions de M. Corneille, a jugé que la dévolution et le partage de la succession mobilière du *de cujus*, qui appartenait à la communauté grecque catholique, devaient être réglés d'après les Nouvelles 117 et 118 de Justinien, « attendu que le statut personnel est régi par la loi religieuse de la communauté et que la matière des successions mobilières ressort du statut personnel ». Cet arrêt rompait avec une jurisprudence bien assise, qui attribue cette catégorie de litiges à la compétence et à la loi musulmanes. Il a été cassé par la Cour de cassation.

Au point de vue de leur organisation interne, les tribunaux musulmans *cherieh* offrent aux plaideurs des garanties que nous avons longuement étudiées dans les précédents chapitres. Le travail séculaire d'interprétation fait par les jurisconsultes sur le Coran et la *Sounnah* a précisé minutieusement les règles de leur fonctionnement. Au contraire, fondées sur une tolérance de l'autorité arabe, puis ottomane, les juridictions communautaires se sont constituées en dehors d'un contrôle effectif du gouvernement, soucieux d'éviter toute suspicion d'intrusion sur le terrain religieux. A l'heure actuelle, la puissance mandataire marque un semblable désintéressement à l'égard de ces tribunaux.

Les justiciables ne trouvent pas auprès des justices de

communautés les avantages d'organisation et de recrutement du personnel qui, sous l'ancienne monarchie française, avait assuré le succès des justices d'Eglise, constituées à l'image romaine. Les règles de leur fonctionnement sont l'œuvre de la tradition et des chefs religieux. Ces tribunaux se composent ordinairement d'ecclésiastiques, désignés par les chefs de communautés et de membres laïcs, souvent élus par la communauté, et parfois nommé, par les chefs ecclésiastiques. Il n'est généralement exigé des candidats que des conditions d'âge et d'honorabilité, mais non des connaissances juridiques. Les magistrats ne sont pas rétribués (1).

D'autre part, le maintien d'une compétence civile à des organes religieux va à l'encontre des principes du droit public des Etats modernes, qui, à l'exemple de la France révolutionnaire, ont laïcisé leurs institutions, et voient notamment dans l'organisation d'une justice rendue par des agents de l'Etat, sans attache à des idées religieuses déterminées, à tous les plaideurs, sans distinction d'opinions religieuses, la garantie essentielle de l'impartialité du juge et de l'égalité des justiciables devant la justice. Cette politique est en contradiction avec les réformes introduites en Turquie depuis 1839, qui y ont préparé peu à peu l'avènement du même principe de sécularisation des institutions. La création des tribunaux civils avait porté le premier coup au régime du droit public d'origine divine, au droit de la *cheriah*, aux tribunaux musulmans. Une fois admis le principe de la justice sécularisée, il aurait dû se

(1) Cf. WADIE M. FARAG, *op. cit.*, p. 45.

développer avec toute sa force d'expansion, jusqu'à la disparition des juridictions cherieh et, avec elles, des juridictions communautaires. Il appartenait à la France, nation de démocratie et de liberté, qui a donné l'exemple de l'abolition de tous les privilèges, d'encourager et même d'aider le mouvement novateur de la jeunesse syrienne, pour qu'elle pût arriver à parfaire l'œuvre amorcée par la Sublime Porte, sous l'inspiration du droit public français. Le maintien des juridictions d'origine religieuse n'apparaît plus, depuis l'institution des tribunaux laïques, que comme une survivance attardée, anachronique, du droit religieux fondé sur la révélation coranique.

On ne saurait objecter à la suppression des justices cherieh et communautaires une tendance antireligieuse. L'unification et la laïcisation des juridictions laisseraient intact le domaine spirituel de l'Islam et des autres Eglises, qui gagneraient en prestige moral à la perte d'attributions relatives aux intérêts matériels. Elles sauvegarderaient la liberté de conscience des adeptes de toutes les religions et de tous les rites, et assureraient une justice plus impartiale, indépendante des convictions religieuses des parties.

Enfin l'unité de juridiction ferait disparaître l'esprit de clans locaux, de rivalités de secte à secte, d'Etat à Etat, qu'entretient la coexistence de justices forcément antagonistes et jalouses les unes des autres, toujours prêtes aux empiètements. Dominant les localités, les sectes, les Etats, la justice ne risquerait plus d'être taxée de partialité. Elle serait la justice sereine, une, égale pour tous, ignorante des concessions et des rivalités de clocher. Plus forte par son unité même, elle affirmerait mieux sa souveraineté sur

tous les nationaux, et résisterait plus efficacement aux revendications de l'étranger. Elle contribuerait ainsi à élever les populations syriennes au-dessus des rivalités locales, à leur donner le sentiment d'être, à quelque religion qu'elles appartiennent, des Syriens membres d'une même société, d'une même nation. L'unité de la justice est aussi nécessaire et indispensable pour une nation que l'unité sociale et politique.

Section IV. — LES CAPITULATIONS ET LES TRIBUNAUX MIXTES

La notion de la justice souveraine, à laquelle conduit l'idée de l'unité de la justice, mérite d'être envisagée aussi à un autre point de vue. La justice en Syrie est-elle indépendante vis-à-vis de la puissance mandataire ? A cette question se rattache l'étude d'un quatrième et dernier ordre de juridictions en Syrie, les tribunaux mixtes.

Cette institution se rattache historiquement et juridiquement à celle des capitulations. La France, aujourd'hui puissance mandataire en Syrie, bénéficiait traditionnellement dans l'empire ottoman, ainsi que d'autres puissances d'Occident, d'un privilège de juridiction, pour les litiges concernant ses nationaux. Lorsque le procès intéressait un Ottoman et un étranger, l'instance était portée devant le tribunal compétent d'après le droit commun, mais l'étranger était assisté par le drogman du consulat, en présence de qui le jugement devait être rendu.

En fait, quand le drogman avait l'impression que le jugement serait défavorable à son ressortissant, il lui arrivait souvent de se retirer de l'audience, sans autre motif.

Il immobilisait ainsi la justice locale, et l'on ne pouvait sortir de cette situation inextricable que par une transaction diplomatique, souvent au détriment du plaideur ottoman (1).

Si les deux parties en cause étaient étrangères, et sauf en matière immobilière, le tribunal local se désintéressait à peu près de l'affaire, et elle était portée devant le consul du défendeur.

Le régime des capitulations avait engendré des abus incontestables. « Les interventions incessantes dans le fonctionnement de la justice ont été pour celle-ci, et pour les affaires en général, une cause de démoralisation. Cela s'est vu... dans tous les pays où des juridictions exterritoriales ont fonctionné trop souvent moins avec le souci du droit que celui du succès de ressortissants ou d'une clientèle qui étaient en même temps ceux du consulat intéressé. On pourrait, sans exagérer la malveillance, dire qu'il s'est développé, dans tous les pays où régnaient des capitulations... une sorte d'industrie de l'exterritorialité » (2).

En effet, le privilège consulaire avait été étendu même à des sujets ottomans, chrétiens ou non. Parmi les sujets ottomans, certains, à l'instar des étrangers habitant le territoire turc, bénéficiaient d'un régime de faveur. Ils étaient dans une situation analogue à celle des nationaux d'Etats non représentés auprès du Sultan, qui s'étaient placés sous la protection d'une des puissances ayant traité avec la

(1) FARIS BEY AL-KHOURY, *Cours de procédure civile à la Faculté de Droit de Damas*, 1922-1923.

(2) *Asie Française*, avril 1924.

Sublime Porte et ayant des représentants auprès d'elle, et ils étaient compris avec eux sous le nom de « protégés ».

Les premières puissances européennes qui firent des traités avec la Cour ottomane obtinrent pour leurs ambassadeurs et leurs consuls la faculté de prendre à leur service des chrétiens du pays en qualité d'interprètes.

Le ministre étranger recevait de la Porte une patente de franchise (bérat) pour le sujet, qui jouissait dès lors des mêmes immunités et privilèges que les Européens étrangers.

Ce système ne tarda pas à donner lieu à beaucoup d'abus. Il fut d'abord toléré que « chaque interprète pourrait avoir deux domestiques exempts de la capitation et de toute taxe ».

Par la suite, les patentes de franchise passèrent des mains des serviteurs dans celles de particuliers, qui les achetaient pour se mettre sous l'égide d'une ambassade étrangère. Bientôt les ministres et les consuls ne se bornèrent point à « vendre les bérats », ils délivraient encore de leur propre autorité des patentes, par lesquelles ils prenaient sous leur protection des sujets ottomans.

Le nombre des protégés ou barataires ne cessant d'augmenter, par suite de ces errements, la Porte décida, en 1807, d'accord avec l'ambassade de France, d'abolir les bérats, et plusieurs traités conclus depuis cette date contiennent cette clause que « la patente de protection ne sera accordée à personne d'entre les sujets de la Sublime Porte, et qu'il ne sera délivré à ceux-ci aucun passeport de la

part des ambassadeurs ou consuls, sans la permission préalable de la Sublime Porte. » (1).

En dépit de ces mesures, vers 1860, le nombre des sujets ottomans « protégés » ou « naturalisés » par une puissance étrangère dépassait celui des sujets étrangers eux-mêmes. Le 24 Sefer 1277 (15 septembre 1860), la Sublime Porte, dans un mémoire aux représentants des puissances, leur fit connaître son intention d'édicter des dispositions très sévères à l'égard de ceux de ses sujets qui s'étaient abusivement affranchis de son autorité. Les pourparlers engagés à la suite de cette communication aboutirent au règlement du 23 sefer 1280 (9 août 1863). A l'avenir, les seuls sujets ottomans qui pourront obtenir la protection étrangère seront :

1° Les agents consulaires (art. 6) ;

2° Les drogmans et les khawass d'un consulat étranger (art. 1^{er}) ;

3° Un procureur et un drogman par mission ecclésiastique ou monastère étranger (art. 9, § 2).

D'autre part (art. 5, § 2), « La protection des employés privilégiés des consulats est individuelle et attachée à leurs fonctions. Elle cessera en cas de décès et de cessation de ces fonctions ». Mais une convention verbale précise que le règlement n'aura pas d'effet rétroactif.

La condition juridique du protégé indigène est précisée dans l'article 1^{er} des Capitulations françaises de 1740 : « Les privilèges ou immunités accordés aux Français au-

(1) Art. 10 du traité de paix signé avec l'Angleterre le 6 janvier 1809. Cf. l'article 9 du même traité.

ront aussi lieu pour les interprètes qui sont au service de leur ambassadeur ».

Le protégé est assimilé au citoyen du pays qui le protège, mais sans être naturalisé. Il conserve donc son statut personnel.

Mais le domaine du statut personnel est mal précisé. Toutefois les tribunaux consulaires des divers Etats qui ont des protégés s'accordent pour se déclarer compétents pour opérer la liquidation et la dévolution des successions laissées par les protégés permanents ; ils opèrent cette liquidation et cette dévolution conformément à la loi musulmane (1).

En raison des abus qu'il engendrait, la refonte du système des capitulations avait été envisagée depuis longtemps. La Turquie les avait même abolies, au moment de son entrée en guerre à côté de l'Allemagne et de l'Autriche, sans soulever de protestations de leur part. La France les a également supprimées en 1921, dans ses protectorats du Maroc et de Tunisie. Logiquement, ce système devait disparaître en Syrie, sous le régime du mandat, qui laisse aux Syriens une souveraineté presque absolue.

Toutefois, l'arrêté n° 1.101 du 16 novembre 1921 soustrayait tous procès mixtes intéressant un Syrien et un étranger aux juridictions syriennes et désignait pour ces litiges des tribunaux spéciaux, placés sous l'autorité exclusive du Haut-Commissaire, composés de magistrats nommés par lui et émergeant au budget du Haut-Commissariat.

4

(1) Cf. sur ces points VAN DEN STEEN DE JEHAY, *De la situation légale des sujets ottomans non musulmans*, p. 502 et suiv.

La Déclaration de Londres du 24 juillet 1922 disposait (art. 5) que l'attribution du mandat sur les territoires détachés de l'Empire ottoman allait entraîner la *suspension* des Capitulations.

La Déclaration de mandat confirme cette conséquence (art. 5 du mandat) : « Seront sans application en Syrie et au Liban, les privilèges et immunités des étrangers, y compris la juridiction consulaire et la protection, tels qu'ils étaient autrefois pratiqués dans l'Empire ottoman, en vertu des capitulations et des usages. Toutefois, les tribunaux consulaires étrangers continueront à fonctionner jusqu'à la mise en application de la nouvelle organisation judiciaire prévue à l'art. 6. A moins que les puissances dont les ressortissants jouissaient, au 1^{er} août 1914, desdits privilèges et immunités, n'aient préalablement renoncé au rétablissement de ces privilèges et immunités, ou à leur application pendant une certaine période, ceux-ci seront, à la fin de ce mandat et sans délai, rétablis intégralement, ou avec telle modification qui aurait été convenue par les puissances intéressées. »

L'art. 6 enjoint à la puissance mandataire d'instituer en Syrie et au Liban « un système judiciaire assurant, tant aux indigènes qu'aux étrangers, la garantie complète de leurs droits ».

Conformément à ces dispositions, un arrêté du Haut Commissaire (n° 2266), du 13 octobre 1923, a légalement supprimé les capitulations en Syrie, à partir du 1^{er} janvier 1924, point de départ du fonctionnement de l'organisation nouvelle établie en Syrie et au Liban, par deux arrêtés (n° 2028 et 2029) du 7 juillet 1923.

Ce système, analogue à celui que l'Angleterre venait d'introduire en Palestine, place les juridictions statuant en matière étrangère sous la souveraineté locale, avec la présidence d'un magistrat français : c'est une atteinte à la souveraineté dans le domaine de la justice, qui doit être purement nationale.

« Les tribunaux de première instance d'Alep, Damas et Lattaquié, les cours d'appel d'Alep et de Damas et la Cour de cassation des Etats de Syrie », ainsi que « le tribunal de première instance et la cour d'appel de Beyrouth, la Cour de cassation du Grand-Liban, lorsqu'ils connaissent d'une affaire civile, administrative, commerciale ou pénale dans laquelle l'une des parties en cause, quelle que soit sa situation juridique au procès, est de nationalité étrangère, sont présidés par un magistrat français » (art. 1, alin. 1 et 2). En fait, le procureur général français délègue souvent, pour exercer l'action publique, un de ses substituts syriens.

Toutefois, en matière de statut personnel musulman, même si l'une des parties est étrangère, les contestations sont obligatoirement portées devant les tribunaux che-rieh (art. 15).

Pour donner plus de garanties au justiciable étranger, l'alinéa 3 de l'article 1^{er} accorde à l'une quelconque des parties, même la partie syrienne, la faculté de demander *in limine litis* que le tribunal soit composé d'une majorité de juges français. Il est alors formé, pour cette affaire, du président français, d'un assesseur syrien et d'un assesseur français. La souveraineté locale est ici mise en tutelle, et l'on sent le souvenir persistant des capitulations soi-disant suspendues.

Même pour les affaires relevant de la compétence des juges de paix, mais uniquement dans les ressorts de Damas, de Beyrouth, d'Alep et de Lattaquié, le tribunal est présidé par un magistrat français (art. 2).

Un greffier français est attaché à chacune de ces juridictions. Un interprète judiciaire, également français, facilite auprès d'elles, à Damas, Alep et Beyrouth, le travail de traduction française des débats et des pièces écrites en arabe. Un huissier français est adjoint aux bureaux d'exécution de Damas, d'Alep, de Beyrouth et de Lattaquié (art. 3).

Les magistrats qui constituent les tribunaux mixtes sont nommés par les chefs des Etats, sur la présentation de la puissance mandataire et, conformément au droit commun, avec l'agrément du Haut-Commissaire (art. 4). Ils doivent donc être considérés, malgré leur nationalité, comme des fonctionnaires syriens (ou libanais) (1), et ils émargent aux budgets des Etats.

Ils appliquent exclusivement la législation en vigueur dans les territoires sous mandat (art. 10), sauf pour les affaires du statut personnel.

Le régime des tribunaux mixtes a été étendu à toutes les juridictions du Grand-Liban, par l'arrêté du 6 mars 1925, qui établit ce que l'on a appelé la « fusion judiciaire ». Aux termes de cet arrêté, « à la Cour de cassation du Grand-Liban, à la cour d'appel de Beyrouth et aux tribunaux de première instance du Grand-Liban, un magistrat français concourt au jugement des affaires civiles, commerciales et pénales. En outre, dans toute affaire où l'une des par-

(1) Arrêté du 7 juillet 1923, art. 2.

ties en cause, quelle que soit sa situation juridique au procès, n'est ni syrienne, ni libanaise, cette partie peut demander que la juridiction saisie soit composée d'une majorité de juges français. » (art. 1).

Pour assurer à ces juridictions une composition permanente, l'article 2 affecte comme éléments français : à la Cour de cassation, deux conseillers, un procureur général et un avocat général ; à la cour d'appel : un président de chambre, trois conseillers, un procureur général, un avocat général ; au tribunal de première instance de Beyrouth : un président, un juge d'instruction, trois juges, deux juges suppléants, et un substitut ; aux autres tribunaux de première instance, un juge seulement.

Les tribunaux mixtes « statuant en matière étrangère » ne constituent pas, comme on pourrait le croire, une simple section à peine distincte de l'ensemble judiciaire indigène. En fait, ils constituent des juridictions différentes, par l'extérieur et par la physionomie. Le grand nombre d'affaires qu'ils ont à juger leur permet de siéger dans des locaux séparés. La procédure y est double, en arabe et en français. Les juges français apportent dans les litiges leurs méthodes et leur mentalité d'Occidentaux. Les lois et la jurisprudence ottomanes, rédigées en arabe ou en turc, leur échappent : ils ne les connaissent qu'à travers les ouvrages français, incomplets et arides. Il en résulte des sentences parfois incohérentes, comme celle de ce tribunal de commerce, à Beyrouth, qui, par inadvertance, a condamné l'avocat en même temps que son client ! Et surtout peu à peu se crée dans ces tribunaux une jurisprudence nouvelle, complètement différente de celle des tribunaux

indigènes et qui rompt l'unité législative, déjà menacée par l'existence de deux Cours de cassation indépendantes.

Dans la pratique, l'institution des tribunaux mixtes a été généralement bien accueillie par les plaideurs indigènes. Ils marquent, surtout les commerçants, leurs préférences pour ces juridictions et il est même courant de leur part de provoquer l'intervention de tiers étrangers au litige, pour le porter devant la juridiction mixte et l'enlever au tribunal indigène compétent. Cette faveur s'explique par le fait que la puissance mandataire s'est quelque peu désintéressée du fonctionnement des tribunaux indigènes et a organisé les tribunaux mixtes avec un personnel qualifié.

Toutefois l'organisation de ces juridictions a rencontré des résistances dans les milieux libéraux et professionnels, et suscité des protestations et des grèves d'avocats. Elle n'a pas donné à la Syrie et au Liban l'organisation judiciaire « assurant, tant aux indigènes qu'aux étrangers, la garantie complète de leurs droits », à laquelle la Déclaration du mandat avait subordonné la suspension des capitulations. Elle a fait bon marché de la souveraineté locale et substitué aux capitulations un régime plus rigoureux, qui la respecte encore moins (1).

Sous le régime capitulaire, les litiges mixtes relevaient des juridictions locales, tandis qu'aujourd'hui, ils sont de la compétence exclusive des tribunaux mixtes. Les justices de paix étaient indépendantes à l'égard des justiciables étrangers et ne comprenaient point de magistrats étran-

(1) RABBATH (E.), *L'évolution politique de la Syrie sous mandat*, p. 224.

gers. Les contestations en matière de successions immobilières soumises à la juridiction du *cadi* n'étaient pas assujetties à la présence du *drogman* ; aujourd'hui, elles sont du ressort des tribunaux mixtes, lorsque les parties en cause n'appartiennent pas toutes à la religion musulmane. La Cour de cassation était libre de tout élément étranger. Les auxiliaires de la justice (*huissiers*, *greffiers*, *interprètes*) étaient toujours indigènes.

Enfin et surtout, la juridiction capitulaire n'était compétente qu'à l'égard des ressortissants des puissances signataires de traités avec la Porte, tandis que les tribunaux mixtes n'établissent aucune distinction entre les étrangers et sont ouvertes, par exemple, à l'Irakien, au même titre qu'à l'Européen.

En résumé, le régime des tribunaux mixtes, successeur des capitulations, repose comme elles, comme les juridictions communautaires, sur un sentiment de défiance à l'égard de juridictions fondées sur un principe religieux. Il aurait dû, comme ces juridictions d'essence religieuse, *cherieh* et non musulmanes, céder le pas à une justice unique, administrée au nom de l'Etat, à partir du moment où l'empire ottoman a sécularisé son organisation judiciaire et son droit, et adopté les institutions modernes. Les tribunaux mixtes devraient disparaître, comme les tribunaux de communautés, si la puissance mandataire acceptait le principe de l'indépendance et de l'indivisibilité de la Syrie, proclamé par l'Assemblée Constituante, au mois d'août 1928.

Après le rétablissement du calme en Syrie, le nouveau Haut Commissaire, M. Ponsot, nommé le 3 septembre 1926,

inaugura une politique de sagesse et de libéralisme, basée sur la collaboration loyale de la France et de la Syrie. Conformément à sa déclaration du 15 février 1928, une assemblée a été élue, du 10 au 27 avril, en vue d'élaborer une constitution pour la Syrie.

Une commission de 27 membres, désignée en juin, a préparé un projet, déposé au commencement du mois d'août sur le bureau de l'assemblée.

Le 9 août, jour fixé pour la discussion du projet, le Haut Commissaire a adressé à l'assemblée un message demandant la disjonction de certains articles, qu'il estimait inconciliables avec le régime du mandat.

Cependant l'Assemblée Constituante, après avoir témoigné son désir de maintenir la bonne entente avec le représentant de la France, a affirmé sa volonté de maintenir les articles visés dans le message, et elle a voté le projet à la majorité.

Dans ces conditions, et sur les ordres reçus du Quai d'Orsay, M. Ponsot, estimant, avec son esprit libéral, que, sans brusquer les choses, il était opportun de ménager du temps pour trouver une issue à cette situation, a suspendu pour trois mois les travaux de l'Assemblée Constituante syrienne. Il s'est embarqué de Beyrouth pour Paris, où il poursuit depuis un mois un effort bien digne d'éloge pour aboutir à une solution qui reconnaisse aux Syriens leur droit légitime.

L'article 1^{er} de la constitution proclame : « La Syrie est un Etat indépendant, souverain. Aucune parcelle de son territoire ne peut être cédée ».

L'article 2 affirme l'unité de la Syrie : « La Syrie deta-

chée de l'Empire ottoman forme une unité politique indivisible, et toutes les divisions qui ont été faites sont considérées comme nulles et non avenues ».

Aux termes de l'article 6 : « Tous les Syriens sont égaux devant la loi. Ils ont les mêmes droits et les mêmes devoirs au point de vue des droits civils et politiques, et il n'y a pas de distinction à faire entre eux ni d'après la langue, ni d'après la religion, ni d'après les sectes. »

Tout Syrien (art. 26) a le droit d'accéder aux fonctions publiques, sans privilège pour les uns sur les autres, suivant sa capacité et dans les conditions déterminées par les lois.

Cette égalité entraîne la liberté religieuse. « La liberté de croyance, décide l'article 15, est absolue. L'Etat respecte toutes les religions et les communautés existant dans le pays ; il assure le libre exercice de ces religions, à la condition qu'il ne porte pas atteinte à la sûreté et aux mœurs publiques. Il garantit aussi aux citoyens, sans distinction de religion, le respect des intérêts religieux *et le statut personnel de chaque communauté* ».

Ce dernier membre de phrase, à notre avis, est de trop. La liberté des croyances, le respect des intérêts religieux, ne commandent pas le maintien des droits des communautés dans le domaine du statut personnel et de la justice. Cette confirmation sur le terrain temporel des droits des communautés est en contradiction avec les principes de l'unité et de l'indivisibilité de la Syrie, comme avec le principe, affirmé par l'article 29, que « la nation est la source de tout pouvoir. » Elle se heurte aussi à la disposition de l'article 34, qui après avoir conféré aux juges la garantie de l'ina-

movibilité, décide que « tous les jugements et arrêts sont rendus au nom de la nation syrienne ». Cet article si formel, corollaire de la souveraineté de la Syrie, ne conduit-il pas logiquement à la suppression des juridictions communautaires, comme à la disparition des tribunaux cherieh, et des tribunaux mixtes ? Regrettons que l'Assemblée Constituante, qui n'a pas reculé devant la proclamation de ces principes politiques, ait cédé à la pression des communautés, dont la résistance avait déjà fait échouer, en 1926, le projet de M. de Jouvenel tendant à supprimer leurs privilèges.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT MUSULMAN

- AL-YAFFI (Abdallah). — *La condition privée de la femme dans le droit musulman*, thèse, Paris (1926).
- ABI-CHAHLA (Habib). — *L'extinction des capitulations en Turquie et dans les régions arabes*, thèse, Paris (1924).
- ARMINJON (P.). — *Etrangers et protégés dans l'empire ottoman*, Paris (1903).
- ARMINJON (P.). — *Le droit international privé interne, principalement dans les pays musulmans*, Paris (1912).
- ARMINJON (P.). — *Précis de Droit international privé*, Paris (1925)...
- BONFILS ET FAUCHILLE. — *Traité de droit international public*.
- AL-BOUKHARI. (Abou Abdallah Mohammed ibn Ismaïl). — *Droit musulmann*, trad. Houdas, Paris (1908).
- CARRA DE VAUX. — *Doctrine de l'Islam*, Paris (1909).
- CASTRIES (DE). — *L'Islam*, Paris (1895).
- CONTENSON (DE). — *Chrétiens et musulmans*, Paris (1901).
- DOZY. — *Histoire des musulmans d'Espagne*, 4 vol., Leyde (1861).
- GHAZALY. — *Ihya Ul-Uloum*.
- GUYARD. — *La civilisation musulmane*, Paris (1884).
- HEIDBORN. — *Le droit public et administratif de l'empire ottoman*, 2 vol., Vienne (1908-1909).
- HOUDAS. — *L'Islamisme*, Paris (1908).
- HUART. — *Histoire des Arabes*, Paris (1912).
- JONQUIERE (de la). — *Histoire de l'Empire ottoman*.
- AL-MAWERDI (Abou Al-Harsan Ali ben Mahammed ben Habib) (Al-Ahkâme es-Soultânien). — *Les statuts gouvernementaux, ou rè-*

- gles de droit public et administratif*, trad. et annoté par E. Fagnon, Alger (1915).
- IBN ATTAR. — *L'esprit libéral du Coran*, Paris (1905).
- IBN KHALDOUN. — *Prolégomènes*, trad. par M. de Slarre. 2 vol., Paris (1863-1865).
- GIRAULT (Arthur). — *Principes de colonisation et de législation coloniale*, tome I à V (1921 à 1928).
- IBIANY (Abou-Zeïd). — *Statuts personnels*, Le Caire (1920).
- KHALIL. — *Code musulman*, nouvelle édition, par Seignette, Paris (1911).
- LE BON (Dr Gustave). — *La Civilisation des Arabes*, Paris (1884).
- MARGNY (abbé de). — *Histoire des Arabes sous le gouvernement des Khalifes*, Paris (1750).
- MESTRE. — *Les étrangers en Turquie*.
- MONTET (Edouard). — *L'Islam*, Paris (1923).
- MORAND (Marcel). — *Etudes de droit musulman algérien*, Alger (1916).
- MORAND (Marcel). — *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Alger (1921).
- OSTROROG. — *La réforme de la justice ottomane*, Paris (1912).
- PAPADOPOULOS. — *Les privilèges du patriarcat œcuménique*, Paris (1921).
- PHARAON et DULAU. — *Droit musulman*, Paris (1839).
- RAUSAS (Pélissié du). — *Le régime des capitulations dans l'Empire ottoman*, Paris (1905).
- SABATERY. — *Eléments de droit musulman*, Alger (1866).
- SAUTAYRA et CHERBONNEAU. — *Droit musulman*, 2 vol., Paris (1873-1874).
- SAWAS PACHA. — *Le Tribunal musulman*, Paris (1902).
- SAWAS PACHA. — *Etude sur la théorie du droit musulman*, 2 vol., Paris (1892-1898).
- VAN DEN BERG. — *Principes du droit musulman*, trad. par France de Tersant, Alger (1896).
- YOUNG (G.). — *Corps de droit ottoman*, 7 vol., Oxford (1905-1906).
- ZEYS. — *Essai d'un traité méthodique de droit musulman*, Alger (1884).
- ZEYS. — *Traité élémentaire de droit musulman algérien*, 2 vol., Alger (1885).
- AL-ABCHIH (Chihab ed-din Ahmed). — *Kitab Al-Mousstataffî Koulli fanen moustazaf*, 2 vol. (Boulaq 1885).

- AL-KINDI. — *The history of the Egyptian Cadis.*
- ARIF BEY EL-NAKADI. — *La justice musulmane*, conférence, Damas (1922).
- CHAKIR BEY EL-HANBALI. — *Droit administratif*, 2 vol., Damas (1921).
- CHAMS-ED-DIN-OTHMANI. — *Tabakat Al Foukaha* (Classes des jurisconsultes m^r du XIV^e siècle).
- IBN KAIM EL-DJOZIE. — *El Tourouk El-Hikamié fi El Siassah El Chariah*, Le Caire (1317 de l'hégire).
- KAMAL MOHAMMED BEN AL KHODJA. — *La tolérance religieuse dans l'islamisme*, traduction M. A. Bagard, Alger (1902).
- ZEIDAN (Georges). — *Histoire de la civilisation de l'Islam*, 5 vol., Le Caire (1921).
- ZEID BEY — *Traité du statut personnel musulman*, Le Caire (1911).
-

- ARISTARCHI et NICOLAIDES. — *Législation ottomane*, 7 vol., Constantinople (1873-1888).
- ASIE FRANÇAISE (Avril 1924). — *L'organisation des causes étrangères en Syrie et au Liban.*
- EDDE (Camille). — *La justice en Syrie et au Liban*, Le Caire (1922).
- FARAG (Wadie M.). — *Le rôle des tribunaux mixtes et indigènes d'Egypte en matière de Statut personnel*, thèse, Paris (1926).
- FARIS BEY EL-KHOURY. — *Cours de procédure civile à la Faculté de droit de Damas* (1922-1923).
- NADRA MOUTRAN. — *La Syrie de demain*, Paris (1916).
- RABBATH (Edmond). — *L'évolution politique de la Syrie sous mandat*, thèse, Paris (1928). Préface de l'émir Chékib Arslan.
- SESOSTRIS SIDAROUS BEY. — *Les patriarchats dans l'Empire ottoman et spécialement en Egypte*, Paris (1907).
- VAN DEN STEEN DE JEHAY (F.). — *De la situation légale des sujets ottomans non musulmans*, Bruxelles (1906).
- RECUEIL des actes administratifs du Haut Commissariat de la République Française en Syrie, 1920-1928.
-

CONCLUSION

Au terme du long voyage que nous venons de faire à travers trois grandes époques de l'histoire, il nous faut essayer de résumer en un raccourci succinct les observations que nous avons faites en cours de route. Nous avons visité trois peuples qui ont constitué politiquement de solides empires, et qui ont occupé une place éminente dans la civilisation. Rome, modeste cité italique, a étendu par la conquête sa domination sur tout l'univers connu ; aristocratique par son origine, elle a réalisé le type d'une république où tous les citoyens ont pu acquérir l'égalité civile et politique, où, à côté du droit municipal, fermé, est né, à l'usage de tous les membres de l'empire, un droit commun général, jusqu'au jour où tous ont reçu la qualité de citoyen, à une époque où toute liberté politique avait disparu.

Au lieu de l'expansion progressive d'une cité vers un empire, le royaume de France a débuté par un amalgame de peuples, venus du dehors, et de races et de civilisations différentes, Romains et barbares, qui ont vécu côte à côte, et dont la fusion ne s'est opérée que lentement. La royauté

franque n'a eu que pendant une période éphémère assez de puissance pour constituer ces peuples en un empire unifié, et un régime de territorialité a pour longtemps entravé la formation d'un empire souverain analogue à la puissance romaine. La réaction de la monarchie contre les puissances dissolvantes de l'Eglise et des seigneurs a abouti à son triomphe, à un régime d'absolutisme arbitraire, mais où l'aristocratie maintient ses privilèges.

L'Islam ne part pas, comme le royaume de France, du bouillonnement de races variées, dont la fusion politique exigera de longs siècles de luttes. Comme Rome, il finit par constituer un vaste empire. Mais il n'a pas même comme point de départ une cité ayant son assiette territoriale fixe et ses institutions municipales. L'instrument essentiel de sa domination, ce n'est pas la conquête par les armes, mais une idée religieuse, qui se répand avec une force d'expansion admirable. L'Islam peut ainsi réunir sous une communauté de pensée religieuse des peuples qui constituent des unités politiquement indépendantes.

Ce rapide tableau de la naissance et de l'évolution de l'empire romain, du royaume de France et de l'empire islamique, est indispensable pour comprendre et apprécier les régimes judiciaires qui y ont fonctionné. Rome a des institutions civiles qui rapidement, se sécularisent et se spécialisent. La justice est la fonction propre d'un magistrat. Après des luttes violentes, les plébéiens acquièrent l'égalité des droits civils et politiques, et l'institution de la préture, avec la divulgation du calendrier et des formules, constitue le terme juridique de cette lutte, qui met toutes les classes sociales sur le pied d'égalité devant la justice, élue

par tous, compétente sur tous. Les non citoyens en relations avec Rome ne participent pas au *jus civile*, réservé aux citoyens. Cependant ils trouvent à Rome, plus favorisés que les étrangers d'aujourd'hui ne le sont par la jurisprudence française, un juge compétent pour statuer sur tous leurs procès, recruté dans les mêmes conditions d'indépendance que le magistrat qui connaît des litiges entre les citoyens. La distinction du magistrat et du juré ajoutée à l'indépendance de la justice. L'intercession joue comme une garantie d'égalité des plaideurs. La sécularisation des institutions ne laisse à la religion et aux mœurs qu'une influence de plus en plus effacée sur la bonne marche de la justice. Mais le cadre étroit dans lequel sont astreints à se mouvoir le magistrat et le juré, sous les actions de la loi, sert de garantie juridique contre l'arbitraire. La procédure formulaire leur donne plus d'aisance et permet au magistrat de tenir compte de l'équité et de la bonne foi, sans que le caractère annuel de sa charge l'ait laissé, semble-t-il, user arbitrairement de ses pouvoirs exorbitants.

La procédure extraordinaire marque un régime d'organisation judiciaire et de procédure plus voisin du nôtre, où le juge est un fonctionnaire de l'Etat, chargé de l'instruction et du jugement du procès et a le pouvoir de rendre une sentence adéquate aux droits du gagnant. La procédure s'est compliquée, avec le développement du personnel judiciaire, des actes écrits, des délais : c'est une garantie de bonne justice, mais qui a pour rançon des lenteurs et des frais. Enfin, l'anarchie impériale est impuissante à assurer la marche du lourd appareil administratif et, sous le

Bas-Empire, les puissants rompent toute égalité de la justice à leur profit, s'arrogeant même le droit de juger.

L'ancienne monarchie, par suite de sa formation historique et de son évolution tourmentée, ne connaît pas cette belle ordonnance de la justice romaine. Son histoire s'ouvre avec le principe de la personnalité des lois d'après les races, qui s'étend même au droit pénal. Quand la fusion des races est accomplie, l'anarchie de la royauté vient interrompre l'œuvre d'unification amorcée par un grand monarque, et le principe territorial de la souveraineté ajoute aux juridictions royales une multitude de juridictions seigneuriales, que complique le principe de la hiérarchie féodale. Les communes ont aussi leurs justices. Enfin, la juridiction ecclésiastique, héritière du Bas-Empire, étend sa compétence grandissante sur tous les clercs et protégés d'Eglise, sur d'importantes matières, à l'égard même des laïcs. Elle trouve les raisons de son succès dans les garanties qu'elle offre aux parties par le savoir de ses officialités, par la procédure écrite, par les sentiments de justice et de charité qu'inspire la religion chrétienne, et que l'Eglise cherche même à faire pénétrer jusque dans les autres juridictions.

Pour ressaisir son autorité, la monarchie, guidée par ses légistes, s'efforce d'attirer à elle la compétence des justices ecclésiastiques et seigneuriales; elle s'efforce d'améliorer les justices royales, en empruntant aux justices d'Eglise les éléments qui faisaient leur supériorité sur les justices seigneuriales. Les justices municipales, seigneuriales et d'Eglise déclinent. Le principe que toute justice émane du roi a fini par concentrer au profit de la royauté

la plus grande part de l'autorité judiciaire. Mais si l'uniformité de juridiction est à peu près réalisée, l'unité de compétence ne l'est pas et les tribunaux royaux sont multiples et divers, se répartissent les affaires non pas seulement par circonscriptions, mais par matières. Il fonctionne de nombreuses juridictions de droit commun, mais aussi de nombreuses juridictions d'exception, qui rompent, avec l'unité, l'égalité des plaideurs. Plus graves encore, l'évocation, le privilège de *committimus*, permettent au roi d'enlever un procès ou un justiciable à ses juges naturels ; il peut même composer des commissions spéciales pour juger telle affaire déterminée. Cet enchevêtrement des juridictions est aussi une source de conflits de compétences et de retards, car les plaideurs ont du mal à saisir du premier coup le tribunal compétent. La pluralité des appels, sans limitation de degré, avec d'interminables délais, éternise aussi les procès. Enfin, la patrimonialité des charges de judicature assure à la magistrature l'inamovibilité, l'indépendance à l'égard de la royauté absolue ; mais cet avantage est chèrement acheté par la vénalité, qui pousse les rois à multiplier les charges de justice, les gens de justice à multiplier les actes de procédure, sans compter l'usage des épices, remises bénévolement au juge par les plaideurs, qui met la justice aux enchères au plus offrant.

Cette multiplicité des juridictions, les lenteurs et les frais de procédure, favorisent les plaideurs fortunés au détriment des gens de modeste condition et ferment à ceux-ci l'accès des tribunaux.

« Il est notoire, écrit Loyseau, dans un passage souvent cité, que cette multiplication de degrés de juridiction

rend les procès immortels, et, à vrai dire, ce grand nombre de justices ôte au peuple le moyen d'avoir justice. Car quel est le pauvre paysan qui, plaidant de ses brebis et de ses vaches, n'aime mieux les abandonner à celui qui les retient injustement qu'être contraint de passer par cinq ou six justices avant d'avoir arrêt ? Quel est le mineur qui, poursuivant la reddition de son compte aux lieux où il y a tant de degrés de juridiction, ne devienne vieux avant que d'avoir son bien, si son tuteur se résout à plaider jusqu'à la fin ? Quelle injustice est-ce là qu'un pauvre homme passe tout son âge, emploie tous ses labeurs, consume tous ses biens en un méchant procès, et qui, pis est, appréhendant l'incertitude de tant de divers jugements, soit toute sa vie en alarme et dans les appréhensions continuelles d'être ruiné. » (1)

Ces abus du régime judiciaire seront une des causes fondamentales de la Révolution, et la Constituante, dès 1790, votera une grande loi de réforme de l'organisation judiciaire.

Par ses enchevêtrements de juridictions et ses privilèges, la justice de la monarchie est profondément différente de la justice classique romaine, une et égale pour tous. Ces traits la différencient aussi de la justice musulmane, qui présente, à certains égards, une analogie curieuse avec la justice romaine, parallèle à celle que nous avons observée entre le développement de la puissance romaine et de la domination de l'Islam. Le juge de l'Islam est juge unique

(1) LOYSEAU, *Discours sur l'abus des justices de village*, p. 17 et 18.

et de droit commun, comme le préteur romain ; sa compétence est générale ; sa sentence n'est pas susceptible d'appel ; il peut demander une consultation à un corps officiel, comme le juge romain à des juristes investis du *jus respondendi*.

Mais à côté de ces points de contact, les deux justices ont entre elles de profondes différences. Le préteur romain est élu, le cadi est nommé et révocable. Le préteur organise l'instance ; le cadi instruit et juge. Le préteur est un magistrat civil, toutes les magistratures étant sécularisées depuis la chute de la royauté ; le cadi, au contraire, est un magistrat religieux. De là, nous avons dégagé les conséquences qui marquent autant de différences avec le préteur romain, au point de vue de l'égalité des justiciables. La compétence du préteur s'étend à tous les citoyens, sans distinction de classe ni de religion ; les pérégrins eux-mêmes ont pour juge un magistrat romain, collègue du préteur urbain et élu avec lui. Le principe religieux domine tout le système judiciaire de l'Islam. La juridiction du cadi, comme le droit du Coran, est faite, en principe, pour les seuls adeptes du Prophète. La personnalité fondée sur la croyance religieuse s'applique à la compétence, comme au droit. Les non musulmans ont leurs tribunaux propres, d'ailleurs d'arbitrage plus que de véritable juridiction. Mais les parties non musulmanes sont libres d'aller à la justice du cadi, et elles y seront jugées d'après la loi musulmane. Le principe de la personnalité réserve cependant des privilèges de juridiction aux communautés, et aux étrangers, dans la mesure où les capitulations donnent compétence à leurs consuls nationaux.

D'autre part, l'égalité dans l'administration de la justice est assurée à Rome par les règles juridiques de la procédure et des pouvoirs du préteur et du juré, tandis que, dans la justice de l'Islam, elle est garantie par les conditions intellectuelles et morales de recrutement des cadis, par l'absence de formes de procédure, de délais, par le libre exposé par les parties de leurs prétentions, par le devoir moral et religieux du juge de maintenir l'égalité, enfin, par la méthode que doit suivre le juge dans la détermination de sa conviction.

L'appréciation qu'on peut porter sur ces trois systèmes se dégage des observations qui précèdent et de leur comparaison. Pour les juger en historien impartial, il faut les replacer dans leur cadre historique, tenir compte, comme nous l'avons fait au préalable, de l'évolution historique de ces peuples, de leur système politique, de leur mentalité intellectuelle, juridique ou religieuse. Par exemple, l'esprit laïque, égalitaire, précis, porté vers le droit, des Romains, a fait naître et se développer un système de magistrat judiciaire élu, complété par un juré citoyen, compétent à l'égard de tous, et une procédure précise, dont la rigidité s'est ensuite assouplie.

Dans l'ancien droit français, la lutte des races, puis les luttes de la royauté contre l'Eglise et la féodalité, longtemps puissances maîtresses, n'ont pas permis de réaliser un système d'organisation judiciaire vraiment un, et le principe aristocratique a maintenu jusqu'à la chute du régime des privilèges de juridiction et l'arbitraire royal.

Enfin la justice islamique s'est formée et développée

avec une rigoureuse logique, comme le droit, dans le cadre religieux de la vérité révélée, tracé par le Prophète et, jusqu'à nos jours, l'influence profonde du sentiment religieux a suffi à assurer l'égalité des justiciables, en dehors de règles propres de droit, pourvues de sanctions positives.

Mais il faut maintenant, sortant du cadre historique, nous demander si l'un de ces systèmes de justice mérite d'être retenu comme une expérience favorable, dont la réalisation positive serait souhaitable. Or, à l'heure actuelle, le principe des institutions libres, démocratiques et laïques tend à devenir la règle générale de conduite des peuples et, dans le domaine de la souveraineté, le principe de la territorialité s'est à peu près universellement substitué à celui de la personnalité. Avec l'égalité croissante des droits, une justice à privilèges et arbitraire, comme celle de la monarchie française, ne saurait plus être restaurée. La personnalité de la juridiction d'après la religion, la race, ou même la nationalité, est devenu un anachronisme, avec la territorialité de la souveraineté et la sécularisation des institutions. Cette évolution a fait tomber, au lendemain de la guerre, le régime des capitulations et l'empire ottoman connaît depuis 1879 des tribunaux laïques. La réserve même des juridictions consulaires, ou de tribunaux mixtes pour les nationaux, s'accorde mal avec le principe territorial et le développement des relations économiques et juridiques internationales. Si les Romains réservaient aux citoyens un droit spécial, le droit des gens a fini par absorber le droit civil et les pérégrins ont reçu en bloc le droit de cité ; d'ailleurs, l'institution de la préture pérégrine est à

considérer, nous l'avons vu, comme une division du travail judiciaire, plutôt que comme une nationalisation de la justice. Le principe de la jurisprudence française que les tribunaux sont faits pour les nationaux va au rebours de l'évolution du droit, et a subi déjà bien des atteintes, comme les dispositions du code civil français imposant des conditions spéciales aux plaideurs étrangers.

Enfin, quelle que puisse être la force du sentiment religieux dans la chrétienté ou dans l'Islam, son défaut d'universalité et la sécularisation des institutions ne permettent plus de fonder sur un principe religieux ou moral seul l'organisation judiciaire et la garantie de l'égalité des plaideurs.

Le principe de l'unité doit dominer l'organisation judiciaire, comme le fond même du droit. L'unité de juridiction pour tous, sans distinction de nationalité ou de religion, est la meilleure formule d'une bonne justice. Elle est seule conforme à l'indépendance de l'Etat souverain, que compromettent les capitulations et les tribunaux mixtes. Elle ne heurte pas plus la liberté de conscience que la liberté de pensée politique, car au lieu d'un juge de confession, c'est-à-dire de parti pris, elle donne aux plaideurs un juge impartial, parce que laïque, indifférent à la confession des parties et soucieux de statuer uniquement d'après son intime conviction.

En définitive, c'est de règles juridiques d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure, assorties de sanctions civiles et de nullités, mais combinées avec le souci

de la libre défense des parties, de la libre conviction du juge, de l'économie des frais et de la célérité de la justice, qu'il convient d'attendre la réalisation la plus sûre et la plus parfaite de l'égalité entre les justiciables.

VU : *Le Doyen,*
H. BERTHÉLÉMY.

VU : *Le Président de la Thèse,*
HENRY LÉVY-ULMANN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

- DESPAGNET. — *Précis de droit international privé*, 5^e édition, revue par Ch. de Boeck, Paris (1909).
- DUGUIT. — *Traité de Droit constitutionnel*, 4 volumes, 2^e édition, Paris (1921-1924).
- DUGUIT. — *Souveraineté et Liberté*, Paris (1922).
- ESMEIN. — *Eléments de Droit constitutionnel*, 8^e édit., revue par Nézard, 2 volumes, Paris (1927).
- ESMEIN. — *Précis élémentaire de l'Histoire du Droit français de 1789 à 1814*, Paris (1908).
- GLASSON et TISSIER. — *Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e édition, 2 volumes parus, Paris (1925-1927).
- PILLET (A.). — *Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*. Paris (1899).
- PILLET (A.). — *Les conventions internationales relatives à la compétence et à l'exécution des jugements*. Paris (1913).
- PILLET (A.). — *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., Paris (1923-1924).
- PILLET et NIBOYET. — *Manuel de Droit international privé*, Paris (1924).
- WEISS (A.). — *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2^e édition, 5 volumes, Paris (1907-1913).
-

I. DROIT ROMAIN

- BEAUDOUIN. — *Les grands domaines dans l'Empire romain*, Paris (1899).
- COLLINET. — *Etude sur la saisie privée en droit romain : la legis actis per pignoris capionem*, thèse, Paris (1892).

- COLLINET et GIFFARD. — *Précis de Droit romain*, Paris (1926).
- CUQ (Ed.). — *Les institutions juridiques des Romains*, 2 volumes. Paris (1902-1904).
- CUQ (Ed.). — *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris (1917).
- DECLAREUIL. — *Rome et l'organisation du Droit*, Paris (1924).
- FLINIAUX. — *Le Vadimonium*, Thèse, Paris (1908).
- FLINIAUX. — *Les effets de la simple absence dans la procédure de l'ordo judiciorum privatorum à l'époque de Cicéron*, *Mélanges P. F. GIRARD* (1913), I, p. 43 et suiv.
- GIRARD (P. F.). — *Manuel élémentaire de Droit romain*, 6^e édition (1918).
- GIRARD (P. F.). — *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*. Tome I^{er}, Paris (1901).
- GIRARD (P. F.). — *Textes de Droit Romain*, 4^e édit., Paris (1913).
- GIRARD (P. F.). — *Mélanges de Droit Romain*, tome II, *Droit privé et procédure*, Paris (1923).
- IHERING (von). — *L'Esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, 3^e édit., 4 vol., Paris (1880).
- JOBBE-DUVAL. — *Etudes sur l'histoire de procédure chez les Romains*, tome I. *La procédure par le pari*, Paris (1896).
- LEFEVRE. — *Du rôle des tribuns de la plèbe en matière de procédure*. Thèse, Paris (1906).
- MOMMSEN. — *Manuel des Antiquités romaines*. — *Droit public romain*, tomes I à VII, trad. P. F. GIRARD (1887-1896).
- MOMMSEN. — *Histoire romaine*, trad. CAGNAT ET TOUTAIN, 11 vol., Paris (1863-1889).
- MONNIER. — *Etudes de droit byzantin*, *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger* (1900).
- SAVIGNY. — *Droit Romain*, trad. GUÉNOUX, 8 vol., Paris (1855-1858).

II. ANCIEN DROIT FRANÇAIS

- BEAUCHET. — *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, *Epoque franque* (1886).
- DECLAREUIL. — *Histoire générale du droit français des origines à 1789*, Paris (1925).

- DECLAREUIL. — *La justice dans les coutumes primitives*, Paris (1889).
- DECLAREUL. — *Etudes sur le droit français I. Les preuves judiciaires dans le droit français et étranger* (1899).
- BRISSAUD. — *Cours d'Histoire générale du Droit français public et privé*, 2 vol. Paris (1904).
- CHENON. — *Histoire générale du Droit français public et privé des origines à 1815*, Paris (1921).
- ESMEIN. — *Cours élémentaire d'Histoire du Droit français*, 14^e édition, Paris (1921).
- ESMEIN. — *Le mariage en droit canonique*, 2 vol., Paris (1891).
- FLACH. — *Les origines de l'ancienne France*, 3 vol. (1886, 1893, 1904).
- FLAMMERMONT (J.). — *Le chancelier Maupeou et les Parlements*, 1 vol., Paris (1884).
- FOURNIER (Paul). — *Les officialités au Moyen-Age*, 1 vol., Paris (1880).
- FOURNIER (Marcel). — *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, 1 vol., Paris (1881).
- FUSTEL DE COULANGES. — *La Monarchie franque*, 1 vol., Paris (1888).
- GENESTAL DU CHAUMEIL. — *L'organisation judiciaire sous l'ancien régime*, Cours de Doctorat, Paris (1927-1928).
- GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions de la France*, 8 vol. parus (1887-1903).
- JOUSSE. — *Traité de l'administration de la justice*, 2 vol., Paris (1771).
- LOYSEAU. — *Traité des offices*.
- LOYSEAU. — *Discours sur l'abus des justices de village*.
- LUCHAIRE. — *Histoire des institutions monarchiques sous les premiers Capétiens* (1892).
- LUCHAIRE. — *Les communes françaises à l'époque des Capétiens directs* (1890).
- LUCHAIRE. — *Manuel des institutions françaises*.
- PARDESSUS. — *Essai sur l'organisation judiciaire*.
- SELIGMAN. — *La justice pendant la Révolution*.
- VIOLLET. — *Précis sur l'histoire du droit français*, 8^e édit. (1893).
- *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, 3 vol.
-

III. DROIT MUSULMAN

- AL-YAFFI (Abdallah). — *La condition privée de la femme dans le droit musulman*, thèse, Paris (1926).
- ABI-CHAHLA (Habib). — *L'extinction des capitulations en Turquie et dans les régions arabes*, thèse, Paris (1924).
- ARMINJON (P.). — *Etrangers et protégés dans l'empire ottoman*, Paris (1903).
- ARMINJON (P.). — *Le droit international privé interne, principalement dans les pays musulmans*, Paris (1912).
- ARMINJON (P.). — *Précis de Droit international privé*, Paris (1925).
- BONFILS ET FAUCHILLE. — *Traité de droit international public*.
- AL-BOUKHARI. (Abou Abdallah Mohammed ibn Ismaïl). — *Droit musulmann*, trad. Houdas, Paris (1908).
- CARRA DE VAUX. — *Doctrines de l'Islam*, Paris (1909).
- CASTRIES (DE). — *L'Islam*, Paris (1895).
- CONTENSON (DE). — *Chrétiens et musulmans*, Paris (1901).
- DOZY. — *Histoire des musulmans d'Espagne*, 4 vol., Leyde (1861).
- GHAZALY. — *Ihya Ul-Uloum*.
- GUYARD. — *La civilisation musulmane*, Paris (1884).
- HEIDBORN. — *Le droit public et administratif de l'empire ottoman*, 2 vol., Vienne (1908-1909).
- HOUDAS. — *L'Islamisme*, Paris (1908).
- HUART. — *Histoire des Arabes*, Paris (1912).
- JONQUIERE (de la). — *Histoire de l'Empire ottoman*.
- AL-MAWERDI (Abou Al-Harsan Ali ben Mahammed ben Habib) (Al-Ahkâme es-Soultânien). — *Les statuts gouvernementaux, ou règles de droit public et administratif*, trad. et annoté par E. Fagnon, Alger (1915).
- IBN ATTAR. — *L'esprit libéral du Coran*, Paris (1905).
- IBN KHALDOUN. — *Prolégomènes*, trad. par M. de Slarre. 2 vol., Paris (1863-1865).
- GIRAULT (Arthur). — *Principes de colonisation et de législation coloniale*, tome I à V (1921 à 1928).
- IBBIANY (Abou-Zeïd). — *Statuts personnels*, Le Caire (1920).
- KHALIL. — *Code musulman*, nouvelle édition, par Seignette, Paris (1911).
- LE BON (Dr Gustave). — *La Civilisation des Arabes*, Paris (1884).

- MARGNY (abbé de). — *Histoire des Arabes sous le gouvernement des Khalifes*, Paris (1750).
- MESTRE. — *Les étrangers en Turquie*.
- MONTET (Edouard). — *L'Islam*, Paris (1923).
- MORAND (Marcel). — *Etudes de droit musulman algérien*, Alger (1916).
- MORAND (Marcel). — *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Alger (1921).
- OSTROG. — *La réforme de la justice ottomane*, Paris (1912).
- PAPADOPOULOS. — *Les privilèges du patriarcat œcuménique*, Paris (1921).
- PHARAON et DULAU. — *Droit musulman*, Paris (1839).
- RAUSAS (Pélissier du). — *Le régime des capitulations dans l'Empire ottoman*, Paris (1905).
- SABATERY. — *Eléments de droit musulman*, Alger (1866).
- SAUTAYRA et CHERBONNEAU. — *Droit musulman*, 2 vol., Paris (1873-1874).
- SAWAS PACHA. — *Le Tribunal musulman*, Paris (1902).
- SAWAS PACHA. — *Etude sur la théorie du droit musulman*, 2 vol., Paris (1892-1898).
- VAN DEN BERG. — *Principes du droit musulman*, trad. par France de Tersant, Alger (1896).
- YOUNG (G.). — *Corps de droit ottoman*, 7 vol., Oxford (1905-1906).
- ZEYS. — *Essai d'un traité méthodique de droit musulman*, Alger (1884).
- ZEYS. — *Traité élémentaire de droit musulman algérien*, 2 vol., Alger (1885).
- AL-ABCHIH (Chihab ed-din Ahmed). — *Kitab Al-Mousstatraffi Koulli fanen moustazraf*, 2 vol. (Boulaq 1885).
- AL-KINDI. — *The history of the Egyptian Cadis*.
- ARIF BEY EL-NAKADI. — *La justice musulmane*, conférence, Damas (1922).
- CHAKIR BEY EL-HANBALI. — *Droit administratif*, 2 vol., Damas (1921).
- CHAMS-ED-DIN-OTHMANI. — *Tabakat Al Foukaha* (Classes des jurisconsultes m^e du XIV^e siècle).
- IBN KAIM EL-DJOZIE. — *El Tourouk El-Hikamié fi El Siassah El Chariah*, Le Caire (1317 de l'hégire).
- KAMAL MOHAMMED BEN AL KHODJA. — *La tolérance religieuse dans l'islamisme*, traduction M. A. Bagard, Alger (1902).

- ZEIDAN (Georges). — *Histoire de la civilisation de l'Islam*, 5 vol., Le Caire (1921).
- ZEID BEY — *Traité du statut personnel musulman*, Le Caire (1911).
-

IV. SYRIE

- ARISTARCHI et NICOLAIDES. — *Législation ottomane*, 7 vol., Constantinople (1873-1888).
- ASIE FRANÇAISE (Avril 1924). — *L'organisation des causes étrangères en Syrie et au Liban*.
- EDDE (Camille). — *La justice en Syrie et au Liban*, Le Caire (1922).
- FARAG (Wadie M.). — *Le rôle des tribunaux mixtes et indigènes d'Egypte en matière de Statut personnel*, thèse, Paris (1926).
- FARIS BEY EL-KHOURY. — *Cours de procédure civile à la Faculté de droit de Damas* (1922-1923).
- NADRA MOUTRAN. — *La Syrie de demain*, Paris (1916).
- RABBATH (Edmond). — *L'évolution politique de la Syrie sous mandat*, thèse, Paris (1928). Préface de l'émir Chékib Arslan.
- SESOSTRIS SIDAROUS BEY. — *Les patriarchats dans l'Empire ottoman et spécialement en Egypte*, Paris (1907).
- VAN DEN STEEN DE JEHAY (F.). — *De la situation légale des sujets ottomans non musulmans*, Bruxelles (1906).
- RECUEIL des actes administratifs du Haut Commissariat de la République Française en Syrie, 1920-1928.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION :

Définition de l'égalité entre les justiciables. — Comment elle est réalisée dans le droit français actuel. — Intérêt d'une étude historique comparative	1
---	---

BIBLIOGRAPHIE	18
---------------------	----

PREMIERE PARTIE

L'EGALITE ENTRE LES JUSTICIABLES EN DROIT ROMAIN	19
--	----

CHAPITRE PREMIER. — <i>La justice privée</i>	19
--	----

<i>Section I.</i> — Le passage de la force à la justice privée ..	20
Progrès réalisés dans l'égalité des parties..	20

<i>Section II.</i> — L'évolution de la justice privée à Rome ..	23
Ses traces sous le régime de la justice publique	23

CHAPITRE II. — <i>L'organisation judiciaire sous la République et la conquête par la plèbe de l'égalité devant la justice ..</i>	33
--	----

<i>Section I.</i> — La justice consulaire	34
---	----

<i>Section II.</i> — Les tribuns de la plèbe et l'intercession ..	38
---	----

<i>Section III.</i> — Les décomvirs et les tribuns militaires à puissance consulaire	42
--	----

<i>Section IV.</i> — La préture	43
---------------------------------------	----

<i>Section V.</i> — Les divulgations des formulaires et du calendrier	45
---	----

<i>Section VI.</i> — La distinction du magistrat et du juré ..	50
--	----

CHAPITRE III. — <i>La liberté d'agir en justice</i>	57
<i>Section I.</i> — Les peines contre le plaideur téméraire ..	58
<i>Section II.</i> — Limitation du droit de certaines personnes d'agir en justice	59
<i>Section III.</i> — Inégalité résultant de la nécessité du <i>vindex</i> et <i>sacramentum</i>	64
<i>Section IV.</i> — L'organisation judiciaire en Italie et dans les provinces	69
<i>Section V.</i> — La condition des non citoyens devant la justice	71
CHAPITRE IV. — <i>L'égalité des justiciables dans la procédure</i> ..	79
<i>Section I.</i> — La procédure des actions de loi	80
§ 1 ^{er} . — Le rôle du magistrat	80
§ 2. — Le pouvoir du juge	88
<i>Section II.</i> — La procédure formulaire	91
§ 1. — Les pouvoirs des magistrats	92
§ 2. — Les pouvoirs du juge	95
CHAPITRE V. — <i>L'égalité devant la justice au Bas-Empire</i> ..	99
<i>Section I.</i> — L'organisation judiciaire	99
<i>Section II.</i> — Les tribunaux d'exception. — La juridiction ecclésiastique	104
<i>Section III.</i> — Le droit d'agir en justice	106
<i>Section IV.</i> — La procédure	109
<i>Section V.</i> — Les voies de recours	113
<i>Section VI.</i> — L'action des puissants contre l'égalité dans la justice	115
BIBLIOGRAPHIE	123

DEUXIÈME PARTIE

L'ÉGALITÉ DEVANT LA JUSTICE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS	125
CHAPITRE PREMIER. — <i>L'époque franque</i>	125
<i>Section I.</i> — La personnalité des lois	125
<i>Section II.</i> — L'organisation judiciaire et l'égalité des justiciables	128
§ 1. — L'époque mérovingienne	128
§ 2. — L'époque carolingienne	135
§ 3. — Les immunités	142
§ 4. — La juridiction ecclésiastique	144
CHAPITRE II. — <i>La Période féodale</i>	151
<i>Section I.</i> — Les justices seigneuriales	151
<i>Section II.</i> — La juridiction ecclésiastique	160
<i>Section III.</i> — Les justices municipales	179
<i>Section IV.</i> — La justice royale	183
CHAPITRE III. — <i>L'époque monarchique</i>	193
<i>Section I.</i> — L'unité de la justice du roi et la décadence des juridictions non royales	196
§ 1. — La juridiction ecclésiastique	197
§ 2. — Les justices seigneuriales	200
<i>Section II.</i> — L'organisation de la justice royale	205
§ 1. — Le collège des pairs	205
§ 2. — Les Privilèges des nobles	207
§ 3. — La situation des protestants	208
§ 4. — La justice retenue	209
BIBLIOGRAPHIE	213

TROISIEME PARTIE

L'EGALITE DEVANT LA JUSTICE EN DROIT MUSULMAN..	215
CHAPITRE PREMIER. — <i>L'essence religieuse du droit et de la justice islamiques</i>	217
<i>Section I.</i> — L'esprit d'égalité et de justice dans la doctrine du Coran	219
<i>Section II.</i> — Formation historique du droit musulman..	225
§ 1. — Le Coran	226
§ 2. — La Sounnah	228
§ 3. — L'opinion unanime	230
§ 4. — L'analogie	232
§ 5. — Fermeture de l'effort légal	240
CHAPITRE II. — <i>L'organisation de la justice musulmane</i>	243
<i>Section I.</i> — La religion des parties et la compétence ..	244
CHAPITRE III. — <i>La juridiction de droit commun. Le Cadi</i> ..	255
<i>Section I.</i> — Les conditions de recrutement des Cadis ..	255
<i>Section II.</i> — Des devoirs du Cadi	268
CHAPITRE IV. — <i>L'organisation judiciaire de la Syrie sous le mandat français</i>	283
<i>Section I.</i> — Les Tribunaux Charich	284
<i>Section II.</i> — Les Tribunaux Civils	285
<i>Section III.</i> — Les juridictions des communautés	291
<i>Section IV.</i> — Les capitulations et les tribunaux mixtes..	303
BIBLIOGRAPHIE	317
CONCLUSION. — <i>Comparaison entre les systèmes</i>	321
TABLE DES MATIERES	333

Imprimerie du Montparnasse
et de Persan-Beaumont
47, Rue de la Gaité — Paris
